كفاية النبيه
شرح التنبيه
في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء الخامس عشر

المحتوى:

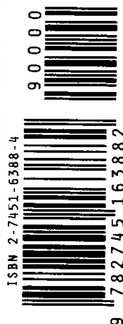
تتمة كتاب الأيمان - كتاب النفقات - كتاب الجنايات

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH	الكتاب : كفاية النبيه شرح التنبيه
Classification: Shafeit jurisprudence	التصنيف : فقه شافعي
Author :Imām Najmuddīn Ibn al-Rifʿah	المؤلف : الإمام ابن الرفعة
Editor :Dr. Majdi Muhammad Surūr Bāsallūm	المحقق : د.مجدي محمد سرور باسلوم
Publisher :Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	الناشر : دار الكتب العلميــــة ــ بيروت
Pages :10464 (20 volumes)+general glossary	عدد الصفحات: 10464(20 جزءاً)+ الفهارس العامة
Year :2009	سنة الطباعة : 2009
Printed in :Lebanon	بلد الطباعة : لبنان
Edition :1st	الطبعة : الأولى



ISBN 978-2-7451-6388-2



بسم الله الرحمن الرحيم

باب كفارة اليمين

سميت الكفارة: كفارة؛ لأنها تكفر الذنب، أي تستره، ومنه قيل للأَكَّار: كافر؛ لأنه يكفر البذر، أي[1]: يغطيه، وسمى الكافر: كافرًا؛ لأنه يغطي نعم الله تعالى.

وما الذنب الذي تكفره؟

قال في «الحاوي»: إن كان عقد اليمين طاعة وحَلُّها معصية، كقوله: والله لا أشرب الخمر، فإذا حنث وشرب الخمر - كانت الكفارة تكفر مأثم الحنث.

وإن كان عقدها معصية وحلها طاعة: كقوله: والله لا صليت - فإذا صلى كانت الكفارة لتكفير مأثم اليمين بعد الحنث. وإن كان عقدها مباحًا وحلها مباحًا، كقوله: والله لا لبست هذا الثوب - فالكفارة تتعلق بهما، وهي بالحنث أحق؛ [لاستقرار وجوبها به][2].

قال - رحمه الله:- **إذا حلف وحنث، لزمته الكفارة**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] أي: وحنثتم؛ كما جاء في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] أي: فأفطرتم.

وسبب وجوبها عند الأكثرين: اليمين والحنث جميعًا.

وحكى الروياني والطبري وجهًا أن سبب وجوبها: اليمين، إلا أنها لا تجب إلا بالحنث؛ كما يوجب ملك النصاب الزكاة، عند حَوَلان الحول، وكأن من قال به جعل الحنث شرطًا، واحتج له بأن الكفارة منسوبة إلى اليمين، وهذا ما حكاه الغزالي.

وقال في «الحاوي»: إن الظاهر من مذهب الشافعي: أنها تجب بالحنث وحده.

(١) في أ: البنداري.

(٢) سقط في د.

وحكى الوجه الأول أيضًا.

ثم قال: والأصح عندي من إطلاق هذين المذهبين: أن يعتبر حال اليمين: فإن كان عقدها طاعة وحلها معصية، وجبت الكفارة بالحنث وحده، وإن كان عقدها معصية وحلها طاعة وجبت باليمين والحنث؛ لأن التكفير بالمعصية أخص.

ثم هذا التردد في اليمين على المستقبل، أما اليمين على الماضي، فقد قال الماوردي: إن سبب الكفارة فيها عند الكذب الحلف وحده.

وقال المحاملي، والبندنيجي: إنما تجب باليمين والحنث، وهما متعاقبان فيها، بخلاف المستقبل؛ فإنهما متراخيان، والله أعلم.

وهل تتعدد الكفارة عند تعدد اليمين واتحاد المحلوف عليه؟

ينظر: إن قصد التأكيد لم تتعدد، وإن قصد الاستئناف فوجهان والأصح: عدم التعدد.

وإن أطلق فعلى أيهما يحمل؟ فيه وجهان.

وسوى ابن كج بين حالة الإطلاق وحالة إرادة الاستئناف في جريان[1] الخلاف، وقد يستدل للقول بالتعدد بقوله - تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] أي: كررتموها على شيء واحد، وإن كان الماوردي في أول هذا الكتاب قد استدل به على عدم التعدد.

وهل إذاحلف يمينًا واحدة منع نفسه بها من فعلين أو أكثر، كما إذا قال لجماعة: والله لا كلمت واحدًا[2] منكم، وكلم واحدًا - تبقى اليمين منعقدة في حق من بقي[3]، حتى إذا كلمه تجب عليه كفارة أخرى، أم لا؟ فيه خلاف تقدم مثله في كتاب الإيلاء؛ فليطلب منه.

والظاهر من كلام الشافعي - على ما حكاه ابن الصباغ، وهو الصحيح عنده-: أنها لا تبقى.

فرع: إذا حلف: لا يأكل الخبز، وحلف: لا يأكل لزيد طعامًا، فأكل خبزه - وجبت عليه كفارة واحدة على أحد الوجهين؛ قاله الرافعي في كتاب الإيلاء.

آخر: هل يجب إخراج الكفارة على الفور؟

---

(١) في د: خيار.

(٢) في د: كل واحد.

(٣) في د: نفي.

قال: في «التتمة»: ينظر: إن كان عاصيًا بالحنث فلا يباح له تأخير التكفير، وإن كان الحنث طاعة أو مباحًا، فالأولى أن تبرأ الذمة؛ فلو أخر لا حرج عليه.

وقال الغزالي عند الكلام في قضاء الحج: الكفارة إذا لزمت بسبب محظور كان في وجوبها على الفور خلاف، أما ما لا عدوان في سببه فلا تضييق في واجبه.

وهل يجوز للإمام المطالبة بها؟

حكى الرافعي في كتاب الإيلاء عن المتولي فيه وجهين، وحكاهما ابن التلمسانى في «شرح التنبيه» في قسم الصدقات، وأجراهما في النذر، وعلل وجه عدم المطالبة بأن ذلك لا يجب على الفور، وقرر ما ذكرناه، وهذا هو المذكور في «الشامل» عند الكلام فيما إذا قال: أقسم بالله، أو: أقسمت بالله.

قال: **فإن كان يكفر بالصوم لم يجز حتى يحنث**؛ لأنها عبادة بدنية لا حاجة له إلى تقديمها [على وقت الوجوب؛ فلم يجز تقديمها](1) كصوم رمضان.

وفي قولنا: لاحاجة إلى تقديمها(2)، الاحتراز عن الجمع بين الصلاتين.

وأيضًا فإن الصوم إنما يجوز التكفير به عند العجز عن جميع الخصال المالية، وإنما يتحقق العجز بعد الوجوب.

وفيه وجه: أنه يجوز التكفير به قبل الحنث أيضًا؛ كسائر الخصال.

وفي «شرح مختصر الجويني»: أن أبا زيد حكاه قولًا عن القديم.

قال: **وإن كان يكفر بالمال فالأولى ألا يكفر** [حتى يحنث؛ ليخرج من خلاف](3) أبي حنيفة.

قال: **فإن كفر قبل الحنث**(4)، أي: وبعد اليمين - جاز؛ لما روي عن عبد الرحمن بن سمرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ، إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَكَفِّرْ، ثُمَّ ائْتِ الَّذِي(5) هُوَ خَيْرٌ»(6) خرجه أبو داود. ولما روى مسلم والبخاري والترمذي والنسائي: أنه - عليه السلام - قال في حديث طويل: «وأنا - إِنْ شَاءَ اللَّهُ - لَا أَحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ، ثم أرى خَيْرًا

(1) سقط في أ.
(2) في أ: تقديما.
(3) في أ: حتى يخرج.
(4) في التنبيه: أن يحنث.
(5) في أ: بالذي.
(6) تقدم تخريجه.

مِنْهَا - إِلَّا كَفَّرْتُ عَنْ يَمِينِي، وَأَتَيتُ الذِي هُوَ خَيْرٌ»[(١)] .

فإن قيل: فقد روي أنه - عليه السلام - قال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ»[(٢)] .

قلنا: قد ورد فيه تقديم الكفارة على الفعل، وأيضًا: فما ذهبنا[(٣)] إليه فيه استعمال للروايتين معًا؛ فإنا نحمل الأول على الوجوب، والثاني على الجواز؛ فكان أولى.

ولأنه حق مالي يجب بسببين يختصان به؛ فجاز تقديمه على أحدهما كتعجيل[(٤)] الزكاة.

فإن قيل: لا نسلم أن لوجوبها سببين، بل له سبب واحد، وهو الحنث؛ لأن الحنث ضد اليمين؛ لأن اليمين تمنع من الحنث، والضدان لا يشتركان في معنى الوجوب؛ لتنافيهما[(٥)] .

قيل في الجواب عنه: إن اليمين [عقد والحنث حَلٌّ، والحل][(٦)] لا يكون إلا بعد عقد؛ فلم يتضادا وإن اختلفا؛ كما أن قوله: لا إله، كفر، وقوله: إلا الله إيمان، والإيمان بهما منعقد، ولم يتنافيا بالمضادة.

ولو أراد أن يكفر قبل انعقاد اليمين لم يجز وجهًا واحدًا.

نعم، لو علق انعقاد اليمين على فعل، ولم يوجد بعد: فهل يجوز له أن يكفر قبل انعقاد اليمين وبعد التعليق؟ فيه وجهان مذكوران في «التتمة» وغيرها في كتاب الإيلاء، وصورة ذلك: أن يقول: إن دخلت الدار، فوالله لا كلمتك.

قال: وقيل: **إن كان الحلف بمعصية لم يجز أن يكفر قبل الحنث**؛ كي لا يتوصل به إلى المعصية، ولأن تقديم الكفارة رخصة، والرخص لا تستباح بها

---

(١) أخرجه البخاري (١١/ ٦١٠) كتاب كفارات الأيمان، باب: الاستثناء في الأيمان (٦٧١٨)، ومسلم (٣/ ١٢٦٨) كتاب الأيمان، باب: ندب من حلف يمينًا (٧/ ١٦٤٩)، والنسائي (٧/ ٩) كتاب الأيمان والنذور، باب: الكفارة قبل الحنث، برقم (٣٧٨٠)، وابن ماجه (١/ ٦٨١) كتاب الكفارات ، باب: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها، برقم (٢١٠٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٢) كتاب الأيمان، باب: ندب من حلف يمينا (١٣/ ١٦٥٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في أ: ذهب.

(٤) في أ: لتحمل.

(٥) في أ: لما فيهما.

(٦) في أ: والحل حنث والحنث.

المعاصي، وهذا ما رجحه البغوي، وهو اختيار ابن القاص.

قال: وليس بشيء؛ لأن الكفارة لا يتعلق بها تحريم ولا تحليل؛ فإن المحلوف عليه على حاله، وهذا ما [صار][١] إليه معظم الأصحاب.

فرعان:

أحدهما: لو قال: أعتقت هذا العبد عن كفارة يميني إذا حنثت، عتق العبد عن الكفارة إذا حنث، بخلاف ما إذا قال: أعتقته عن الكفارة إذا حلفت، لا يجزئه عن الكفارة؛ لأنه قدم التعليق على الحلف.

الثاني: لو قال: أعتقته عن كفارة يميني إن كنت قد حنثت، فإن بان أنه حنث عتق، وأجزأ، وإلا فلا يعتق، بخلاف ما لو قال: أعتقته عن كفارة يميني إن كنت حلفت، فبان أنه حلف؛ فإن صاحب «التهذيب» قال: وجب ألا يجوز؛ لأنه شاك في اليمين، وفي الصورة الأولى هو شاك في الحنث، والتكفير قبل الحنث جائز.

تنبيه: يشترط في إجزاء العتق المعجل عن الكفارة أن يبقى العبد حيًّا إلى الحنث، وكذا على الإسلام؛ فلو مات قبل الحنث أو ارتد لم يجزئه؛ كما في الزكاة المعجلة، كذا صرح به الرافعي.

ومقتضاه: أن يعتبر بقاء سائر الأوصاف، وكذا بقاء من صرف إليه الطعام أو الكسوة على صفة الاستحقاق إلى الحنث[٢] .

وأبدى صاحب «التهذيب» احتمالًا فيما إذا مات العبد [أو ارتد][٣] في أنه يجزئ؛ كما لو ماتت الشاة المعجلة.

قال: والكفارة: أن يعتق رقبة، أو يطعم عشرة مساكين، أو يكسوهم، والخيار[٤]

---

(١) في أ: سار.

(٢) قوله: تنبيه: يشترط في إجزاء العتق المعجل عن الكفارة أن يبقى العبد حيًّا إلى الحنث وكذا على الإسلام، فلو مات قبل الحنث أو ارتد لم يجزئه كما في الزكاة المعجلة؛ كذا صرح به الرافعي.
ومقتضاه أن يعتبر بقاء سائر الأوصاف، وكذا بقاء من صرف إليه الطعام أو الكسوة على صفة الاستحقاق إلى الحنث. انتهى كلامه.
وما ذكره استنباطًا واقتضى كلامه عدم ذكر الرافعي له عجيب، فقد صرح الرافعي عقب ذكره لهذين المثالين بقاعدة عامة، يؤخذ منها فقال: وتغير الحال في التكفير قبل الحنث لهو في تعجيل الزكاة، هذه عبارته. [أ و].

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: والخيرة.

في ذلك إليه؛ لقوله - تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩].

ولا يجوز أن يطعم خمسة ويكسو خمسة، قال ابن الصباغ: كما لا يجوز أن يعتق نصف رقبة ويطعم خمسة؛ لأن الله تعالى خيره بين ثلاثة أشياء، ولو جوزنا إخراج جنسين لأثبتنا تخييرًا رابعًا؛ فلا يجوز لذلك.

قال: **فإن أراد العتق أعتق رقبة؛ كما ذكرنا في الظهار**، وإن أراد الإطعام أطعم كل مسكين رطلًا وثلثًا؛ كما ذكرنا في الظهار؛ بجامع ما اشتركا فيه من التكفير.

وذكر الماوردي أن في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ دليلًا على اعتبار المد؛ لأن الأوسط محمول على الجنس والقدر، وأوسط القدر فيما يأكله إنسان رطلان من الخبز، والمد: رطل وثلث من حب إذا خبز كان رطلين من خبز، وذلك أوسط الكفارة(١).

وقد جمع الشيخ بقوله: كما ذكرنا في الظهار، ما يجزئ من الأجناس وما لا يجزئ، وكيفية النية ووقتها، وما يتعلق بذلك، وقد ذكر في «الحاوي» هاهنا وجهًا: أن الاعتبار في جنس الطعام بقوت المكفِّر؛ لظاهر الآية. ولم يحك مثله في كفارة الظهار.

قال: وإن أراد الكسوة دفع إلى(٢) كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو منديل أو مئزر، أي: وغير ذلك كالعمامة، والجبة، والقباء، والطيلسان، والمقنعة، والخمار، والإزار؛ لأن الشرع ورد بالكسوة مطلقًا، ولا عرف له فيها.

ولم يختلف العلماء في أنا لا نوجب لكل مسكين دست ثوب؛ فحمل على ما ينطلق عليه الاسم، ويخالف واجب الطعام؛ حيث قدر بالمد؛ فإن، فيه سداد الرغيب، وكفاية المقتصد، ونهاية الزهيد، والكسوة لا سبيل إلى ضبطها، هذا هو الجديد.

وقد حكى عن القديم قولًا موافقًا لمذهب مالك(٣)، وحكاه البويطي أيضًا: أنه

---

(١) في د: الكفاية.
(٢) في أ: أي.
(٣) في أ: ملك.

يشترط أن يكون المعطى ساترًا للعورة، بحيث تصح الصلاة فيه؛ فيختلف بذكورة الآخذ وأنوثته، حتى يجزئ الإزار الواحد إن كان الآخذ ذكرًا، ولا يجزئ إن كان أنثى.

وضعف الأصحاب ذلك بوجهين:

أحدهما: خروجه عن اعتبار الاسم وهو أصل، وعن اعتبار الكفاية وهي عرف.

الثاني: أنه لو أعطي من رقيق الثياب ما يعم العورة ولا يسترها لرقته أجزأه، وإن لم يجز فيه الصلاة؛ كذا قاله الماوردي.

وعلى الجديد: هل يشترط أن يكون المدفوع يتمكن المدفوع إليه من لبسه، أو لا يشترط ذلك كما إذا دفع ثوب صغير إلى كبير؟ فيه وجهان:

اختيار الشيخ أبي محمد: الاشتراط؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾، فأضاف الكسوة إلى من يُكْسَى[(١)] .

وأظهرهما: عدم الاشتراط، وإجزاء ذلك، وبه قال القاضي الحسين، وهو الذي دل عليه كلام الشيخ هاهنا؛ حيث قال: «ما يقع عليه اسم الكسوة» ولم يقل: كسوة المدفوع إليه.

ويؤيده: أنه يجوز أن يدفع للرجل من الكسوة ما يصلح للمرأة، وكذلك يجوز أن يدفع للمرأة ما يصلح للرجل، ولا يشترط أن تكون الكسوة مخيطة.

فرع: لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا طويلًا، قال الماوردي: إن دفعه إليهم بعد قطعه أجزأه؛ لأنه قد صار كل قطعة منه كسوة، وإن دفعه إليهم صحيحًا، لم يجزئه؛ لأنه ثوب واحد.

تنبيه: الكسوة: بكسر الكاف وضمها.

والمنديل: مشتق - على ما حكاه ابن الأعرابي وابن فارس - من النَّدْل، وهو النقل؛ لأنه ينقل من واحد إلى واحد.

وقيل: من النَّدَل؛ وهو: الوسخ؛ لأنه يندل به.

ويقال: تندَّلت بالمنديل، وتمندلت، وتمدلت: وهو أنكرها.

والمئزر: بكسر الميم، مهموز، ويجوز ترك همزه، وهو الإزار؛ كقولهم: مِلْحَف

---

(١) في أ: يكنى.

ولحاف، ومِقْرَم وقِرام.

قال: فإن أعطاهم قلنسوة قلنسوة، فقد قيل: يجوز؛ لما روي أن عمران بن الحصين سئل عن قوله - تعالى: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾ فقال: إذا قدم وفد على الأمير، فأعطاهم قلنسوة قلنسوة - يقال: قد كساهم.

قال: وقيل: لا يجوز؛ لأنه لا يقع عليها اسم الكسوة، وحكى الماوردي عن أبي الفياض البصرى: أنها إن كانت صغيرة تغطي قِحْف[(١)] الرأس لم تجزئ، وإن كانت كبيرة تعم الرأس، وتغطي الأذنين والقفا - [أجزأت، والمشهور الخلاف الأول، وهو جار في إجزاء الخف على ما حكاه البندنيجي] [(٢)]، وأجراه غيره في الشمشق، وهو المِكْعَب، وفي النعل، وفي الدرع، وفي التُّبَّان: وهو سراويل صغير لا يبلغ الركبة، والظاهر في الجميع المنع.

وجعل المحاملي قول المنع في القلنسوة المذهب، وقطع في الخف والنعل بعدم الإجزاء، ووافقه الماوردي على ذلك؛ كما لا تجزئ المنطقة والكمران والتكة[(٣)]، وفي «جمع الجوامع» أجراه في التكة.

ولا يجزئ دفع الغزل قبل النسج، وكذا لا تجزئ البسط والأنطاع[(٤)]؛ لخروجها عن اسم «الكسوة»، وتجزئ الأكسية؛ لأنها تلبس دثارًا وإن لم [تلبس شعارًا، وهل يجزئ ما يلبس من الجلود واللبود والفراء؟ ينظر: إن كان في بلد][(٥)] يلبس أهله ذلك أجزأه، وإن كان [في بلد لا يلبسه][(٦)] أهله فوجهان حكاهما الماوردي، وأنهما مخرجان من اختلاف قوليه في أجناس الحبوب في الإطعام: هل يكون مخيرًا، أو يعتبر بالغالب منها؟ وفي «الجيلي»: أن محلهما ما إذا كانا في بلد يلبس فيه ولو نادرًا.

تنبيه: القلنسوة: بفتح القاف واللام، وضم السين، وفي جمعها لغات: قلانس، وقلاسٍ، وقلاسِيّ مشتقة من «قلس»: إذا غطَّى، والنون زائدة.

قال: [ولا يجزئ][(٧)] الخلق؛ لأنه يشبه الطعام المسوس والعبد الزمن، وكذا لا

(١) في أ: محف.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: والنكر.
(٤) في أ: وإلا يطاع.
(٥) سقط في أ.
(٦) بياض في أ.
(٧) في التنبيه: ولا يجوز.

يجوز المرقع؛ لأجل البِلَى، ويجوز المرقع في الابتداء، وما عدا ذلك مما يعد عيبًا في البيع لا يمنع من الإجزاء؛ كما قلنا في عيب الرقبة.

ولو كان الثوب رقيقًا مهلهل النسج، غير بال في جنسه، لكن يبليه أدنى لبس، ولا يدوم إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي- فقد قال الإمام في ذلك: الذي يظهر أنه لا يجزئ.

تنبيه: الخلق - بفتح الخاء واللام-: الثوب البالي[١]، وجمعه: خُلْقان، وقد خلق الثوب، بضم اللام وفتحها وكسرها، وأخلق: أربع لغات.

قال: **ويجزئ**[٢] **ما غسل دفعة أو دفعتين** كالطعام العتيق، والعبد المعيب بعيب لا يضر بالعمل.

واعلم أن سكوت الشيخ - رحمه الله- عن[٣] ذكر الجنس يعرفك أنه لا فرق في ذلك بين جنس وجنس، فيجزئ الثوب من القز والإبريسم أو القطن أو الكتان أو الصوف أو الشعر، لكن يشترط أن يكون طاهر العين، فإن كان نجس العين لم يجزئه، وإن كان متنجسًا أجزأه، وعليه أن يعلمهم بنجاسته.

وفي الحرير وجه: أنه يجزئ إذا دفعه إلى [امرأة أو صبي][٤]، ولا يجزئ إذا دفعه إلى رجل، وهو يناظر ما حكيناه من أنه لا يجزئ الثوب الصغير إذا دفعه للكبير؛ اعتبارًا بحال المدفوع إليه، وأنه لا فرق بين الجيد من النوع والمتوسط منه والرديء في الإجزاء، ومأخذه اتباع الاسم.

وعن القاضي الحسين: أنه لو قيل باعتبار الكسوة الغالبة في أهل البلد كالطعام لم يبعد.

قال الإمام: وهو متجه[٥]، وهو قريب - أيضًا - مما حكيناه عن رواية «الحاوي» في الفراء والجلود.

قال: **وإن كان معسرًا**[٦] **لا يقدر على المال**، أي: الذي يصرفه في الكفارة، أي: بأن كان كسوبًا وكسبه قدر كفايته، أو له من المال قدر كفايته بغير زائد عليه.

قال: **كفر بالصوم**؛ للآية[٧].

---

(١) في أ: الباط.
(٢) في التنبيه: ويجوز.
(٣) في د: عمن.
(٤) في أ: المرأة أو الصبي.
(٥) في أ: يتجه.
(٦) في أ: معرًا.
(٧) في د: ثلاثة.

ثم ما المراد بقدر الكفاية[١]؟ هل كفاية وقته، أو على الأبد؟

الذي صرح به من العراقيين البندنيجي والمحاملي الثاني، وعليه ينطبق إيراد ابن الصباغ؛ حيث قال: إن من له أن يأخذ من الزكاة من سهم الفقراء والمساكين أو من الكفارة، جاز له أن يكفر بالصوم، ولا يلزمه التكفير بالمال، وأورد عليه أن من يملك نصابًا لا يحصل به الكفاية تجب عليه زكاة المال، وإن كان ممن يجوز له أخذها. وأجاب: بأنا لو أسقطنا الزكاة لخلا النصاب عنها، وهاهنا لا يُسقط، وإنما ينتقل إلى بدلها وهو الصيام، وهذا ما حكاه الرافعي، ودل عليه ظاهر كلام الشافعي؛ حيث قال: ومن له أن يأخذ من الكفارة والزكاة، فله أن يصوم.

وفي «الحاوي»: أن التكفير بالمال قد يجب على من تحل له الزكاة والكفارة، وهو من وجدها فاضلة عن قوته وقوت عياله، ولا يصير بفضلها غنيًّا؛ فيجب عليه التكفير بالمال دون الصيام؛ لوجودها في ملكه، فاضلة عن كفاية وقته، ويحل له أن يأخذ من الزكوات والكفارات؛ لدخوله في حكم الفقر والمسكنة.

وأجاب عن نص الشافعي بأنه أشار إلى الأغلب من أحوال الناس، والأغلب ما قاله.

قلت: وقد انتظم من مجموع النقلين خلاف، وهو مشابه للوجهين اللذين حكاهما ابن الصباغ في الحج في أن المعتبر أن يفضل ما يحتاج إليه في الحج عن الكفاية على الدوام.

ويتجه أن يجيء فيما نحن فيه مذهب ثالث، أبداه الرافعي احتمالًا في كتاب الظهار: أن المعتبر أن يكون فاضلًا عن كفاية سنة[٢].

قال: **وإن كان له مال غائب لم يجز أن يكفر بالصوم؛** لأنه قادر على التكفير بالمال من غير ضرر؛ فلم يتحقق الشرط.

---

(١) في أ: الكفارة.

(٢) قوله: وفي الحاوي: أنه يعتبر في التكفير بالمال أن يكون ثمن الرقبة فاضلًا عن كفاية وقته، حتى إن التكفير بالمال قد يجب على من يحل له الزكاة، واعتبر العمر الغالب، وهو معنى قول الشافعي وجماعة أنه دائر مع الأخذ من الزكاة، ثم قال ما نصه: ويتجه أن يجيء فيما نحن فيه وجه ثالث، أبداه الرافعي احتمالًا في كتاب الظهار: أن المعتبر كفاية سنة.انتهى كلامه.
وما ذكره احتمالًا واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله غريب، فقد صرح البغوي في فتاويه بذلك، ثم إن القائلين باعتبار الأخذ من الزكاة يلزمهم جريان الخلاف المذكور؛ لأن الأخذ هل يختص بالسنة أم يتعدى إلى العمر؟ فيه خلاف مشهور. [أ و].

فإن قيل: قد حل له أن يأخذ من الزكوات والكفارات؛ فوجب أن يجوز له أن يكفر بالصوم؛ كالقسم قبله.

فالجواب: أنه يأخذ لحاجة مختصة بمكانه، والكفارة معتبرة بإمكانه.

فإن قيل: أليس المتمتع في الحج إذا كان معسرًا بمكة، موسرًا ببلده، يكفر بالصوم؛ فهلا كان هذا مثله؟

فجوابه: أن مكان الدم مستحق بمكة، فاعتبر يساره وإعساره بها، ومكان الكفارة مطلق؛ فاعتبر يساره وإعساره على الإطلاق.

قال: **والصوم ثلاثة أيام** [؛ للآية.

قال:] [1] والأولى: أن تكون متتابعة؛ ليخرج من خلاف أبي حنيفة وأحد القولين عندنا.

قال: **فإن فرقها، ففيه قولان**:

أصحهما: أنه يجوز؛ عملًا بإطلاق الآية، وهذا هو المنصوص عليه في هذا الموضع. وقال الإمام: إنه الجديد.

والقول الثاني: أنه لا يجوز، وهو ما نص عليه في كتاب الصيام، واختاره المزني، وهو الأصح في «التهذيب»؛ استدلالًا بقراءة ابن مسعود[2]: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» وقراءة أبي: «فصيام ثلاثة أيام متتابعة»[3]، والقراءة الشاذة تقوم مقام خبر الواحد في وجوب العمل، ولأنه صوم تكفير فيه عتق؛ فوجب أن يكون التتابع من شرطه ككفارة القتل والظهار، ولأن من أصل الشافعي حمل المطلق على ما قيد من جنسه؛ كما حمل العتق في كفارة اليمين على المقيد في كفارة القتل، وذلك يقتضي حمل إطلاق هذا الصيام على ما قيد من تتابعه في القتل والظهار.

وأجاب من قال بالأول عن القراءة الشاذة: بأنها إنما تجري مجرى خبر الواحد في وجوب العمل بها إذا أضيفت إلى التنزيل، أو إلى سماعها من رسول الله ﷺ، فأما إذا أطلقت جرت مجرى التأويل.

---

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٥١٤) برقم (١٦١٠٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٨٨) برقم (١٢٣٦٨) بلفظ: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات».

ثم لو سلمت حملت على الاستحباب، وإطلاقها على الجواز.

وذهب بعض مشايخنا إلى أنها لا حجة فيها وإن أضيفت إلى التنزيل وغيره؛ لأنها ذكرت لكونها قرآنـًا، ولم يثبت كونها قرآنـًا؛ فلا يجب العمل بها.

وعن القياس على كفارة الظهار والقتل بأنها لما غلظ صومها بزيادة العدد تغلظ بالتتابع، ولما خفف هذا الصوم بنقصان العدد تخفف بالتفرقة.

وعما ألزموه من قاعدة الشافعي في حمل المطلق على المقيد: بأن الإطلاق هاهنا متردد بين أصلين يجب التتابع في أحدهما وهو كفارة الظهار، ولا يجب في الآخر وهو قضاء رمضان؛ فلم يكن أحد الأصلين في التتابع بأولى من الآخر.

التفريع: على القول باعتبار التتابع إذا أفطر الحالف في اليوم الثاني أو الثالث بعذر المرض أو السفر، كان حكمه كما ذكرنا في الظهار.

ولو أفطرت المرأة بعذر الحيض، فقد قيل: لا يقطع التتابع؛ كما في صوم الشهرين.

وقيل: يقطع بالانقطاع؛ لأن خلو الأيام الثلاثة عن الحيض ممكن، بخلاف الشهرين، وقيل: الحيض هاهنا كالمرض هناك.

وإذا كانت المرأة ممن لم تحض، فشرعت في الصوم وابتدأها الحيض - قال الرافعي: اتجه التسوية بينه وبين المرض.

قال: **وإن كان الحالف كافرًا لم يكفر بالصوم**؛ لأنه ليس من أهله، وكذا لو كان مسلمًا ثم ارتد، ليس له أن يكفر به في حال ردته، ويجوز للكافر أن يكفر بالمال؛ لما ذكرناه في كتاب الظهار.

وهل يجوز للمرتد أن يكفر به؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في ملكه: إن قلنا بزواله لم يكفر به أيضًا، وإن قلنا ببقائه كفر به، وإن وقفناه: فإن عاد إلى الإسلام تبين وقوعه عنه، وإن مات أو قتل على الردة فلا.

والثاني: القطع بإجزائه؛ لأنه مستحق عليه قبل الردة؛ فكان كالديون، على أن في الديون وجهًا عن الإصطخري حكاه صاحب «التقريب»: أنها لا تقضى؛ على قول زوال الملك، ويجعل كأنه تلف.

والظاهر: أنه يكفر، وإن ثبت الخلاف.

وهذا الحكم جارٍ هاهنا، وفي سائر الكفارات، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه في هذه الكفارة: أنه لا يخرج من ماله إلا أدنى الدرجات؛ هكذا حكاه الرافعي.

وحكى البندنيجي أن إجزاء[١] الكفارة عنه ينبني على تصرفه، وفيه ثلاثة أقوال [مشهورة، فإن قلنا بجوازه أجزأه، وإن قلنا بعدم جوازه ففي ماله - على هذا القول - قولان:][٢]

أحدهما: أنه زال عنه.

والثاني: أنه باق عليه.

وعلى القولين تكفيره وتصرفه باطل؛ فإن كان عليه دين، فقضاه عن نفسه، لم يصح، وإن قضاه الإمام من ماله جاز.

قال: **وإن كان عبدًا، فأذن له المولى في التكفير بالمال**، أي: الذي ملَّكه إياه، **لم يجز في أصح القولين**؛ بناء على أنه لا يملكه، وهو الجديد.

وفي «الشامل» و«الذخائر» حكاية عن ابن القاص تفريعًا على هذا: أنه يصح منه التكفير بالمال حتى بالعتق، ويثبت له الولاء، وأنكره أصحابنا.

قال: **ويجوز في الآخر بالطعام والكسوة**؛ بناء على أنه يملك، وهو القديم.

قال: **دون العتق**؛ لأن العتق يستعقب الولاء، ولا يمكن إثبات الولاء للعبد.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يجوز؛ كالطعام والكسوة.

وعلى هذا: فلمن يكون الولاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه للسيد.

والثاني: أنه موقوف على ما يفضي إليه الحال: من عتق؛ فيصير الولاء له، أو يموت على رقه؛ فيكون لسيده، هذه طريقة «الحاوي».

وأما الإمام فقدَّم على الكلام في ذلك مقدمة، وهو أن السيد لو ملَّك رقيقه عبدًا، وأذن له في عتقه، فلا شك في نفوذ العتق، و[لكن][٣] لمن يكون الولاء؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون للعبد؛ فعلى هذا يجزئ عتقه عن الكفارة.

---

(١) في أ: أجر.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.

والثاني: أنه يكون للسيد؛ فعلى هذا يقع العتق عمن؟ قال الإمام: ينقدح فيه وجهان للأصحاب:

أظهرهما: أنه للسيد، وكأن الملك ينقلب إليه؛ لانصراف الولاء إليه؛ فعلى هذا لا يجزئ عن الكفارة.

والثاني: أنه للعبد؛ فعلى هذا يجوز عتقه عن الكفارة، وهو ما صار إليه الشيخ أبو محمد.

والثالث: أنه يكون موقوفًا؛ فعلى هذا هل يقع العتق عن الكفارة ناجزًا في الحال، أو يكون موقوفًا كالولاء؟

الذي حكاه الصيدلاني عن الأصحاب: الأول.

والذي اختاره: الثاني، وبه قطع القاضي، وقد ذكرنا طرفًا من ذلك في كفارة الظهار مختصرًا.

وحكم المدبر والمعتق بصفة وأم الولد، حكم العبد.

وأما المكاتب: فإن قيل: إن العبد لا يَمْلك إذا مُلِّك، لم يكن له أن يكفر إلا بالصوم.

وإن قلنا: إنه يملك بتمليك السيد وأذن له، ففي جواز تكفيره بالمال قولان:

أحدهما: يجوز كالعبد.

والثاني: لا يجوز أن يكفر إلا بالصوم، وإن كان للعبد أن يكفر بالمال؛ لأن تملُّك السيد لمال مكاتبه ضعيف، فضعف إذنه فيه، وتملكه لمال عبده قوي؛ فقوى إذنه فيه، كذا حكاه الماوردي.

وحكى الإمام عن الصيدلاني أنه قال: إن أعتق المكاتب عن كفارته بإذن السيد - على قولنا بنفوذ تبرعاته بإذن السيد - فالذي ذكره الأصحاب: أن ذمته برئت عن الكفارة.

والذي عندي فيه: أن الأمر موقوف؛ فإن المكاتب ربما يعجز فيرق، ثم إذا عاد رقيقًا فيكون الولاء موقوفًا، وإذا كان موقوفًا يجب وقف الكفارة.

واعلم أن كل موضع قلنا فيه: يجوز للعبد أن يكفر بالمال بإذن المولى، يجوز للمولى أن يكفر عنه بإذنه به. وكل موضع قلنا: لا يجوز [له][1] أن يكفر به بإذن

---

(١) سقط في أ.

المولى، لا يجوز للمولى أن يكفر به عنه بإذنه. نعم، لو مات العبد والمكاتب جاز للمولى أن يكفر عنه بالإطعام والكسوة، وإن قلنا: إن العبد لا يملك بالتمليك؛ لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه، والتكفير بعد الموت لا يستدعى ذلك؛ فليس للسيد ملك محقق.

وأيضًا فإن الرق لا يبقى بعد الموت؛ فهو والحر سواء.

قال الإمام: ويتطرق إليه احتمال وجه مذكور في الكفارات - فيما إذا أعتق العبد وعليه كفارة، وأراد أن يكفر بالمال، وقلنا: إن الاعتبار بحال الوجوب-: أنه لا يجوز؛ لأنه لم يكن أهلًا للتكفير بالمال حينئذٍ.

وإذا قلنا بالظاهر فهل يجزئ إعتاقه عنه؟ فيه وجهان، أصحهما - وهو المذكور في «التهذيب»-: المنع؛ لما ذكرناه من إشكال الولاء.

فرع: إذا قلنا: يجوز للعبد أن يكفر بالمال، فهل له العدول عنه إلى الصيام؟ الذي أبداه الإمام والرافعي في كتاب الظهار: الوجوب، والذي يقتضيه إيراد الشيخ هاهنا: عدمه.

آخر: إذا أعتق العبد بعد اليمين، ثم حنث؛ فحكمه في الكفارة حكم الأحرار، وإن حنث في حال الرق، ثم أعتق، فإن كان معسرًا كفر بالصوم.

وإن حصل له مال، فإن قلنا: الاعتبار بحال الأداء، أو بأعلى الحالين، كفر بالمال، ولم يجزئه الصوم.

وإن قلنا: الاعتبار بحال الوجوب، أجزأه الصوم.

وإن أراد أن يكفر بالمال، فإن قيل: إن العبد يجوز أن يكفر بالمال على قوله القديم: إنه يملك إذا ملَّكه سيده، كان بعد عتقه أولى بالجواز.

وإن قيل: إنه لا يجوز للعبد أن يكفر بالمال على قوله في الجديد: إنه لا يملك،فهل يجوز له بعد عتقه أن يكفر بالمال؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأنه عند تكفيره حر؛ فأشبه الحر المعسر.

والوجه الثاني: لا يجوز؛ لأنه لو أراد التكفير بالمال عند الوجوب لم يجزئه، بخلاف الحر المعسر الذي لو كفر بالمال أجزأه؛ فلزمه استصحاب هذا الحكم بعد عتقه؛ لاستقرار وجوبه في حال رقه؛ فصار في حصول تكفيره ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكفر إلا بالمال.

والثاني: لا يكفر إلا بالصوم.

والثالث: أنه مخير بين التكفير بالمال أو الصيام، كذا حكاه الماوردي.

والذي حكاه ابن الصباغ - على القول باعتبار حال الوجوب- أن المذهب: أن له أن يكفر بالعتق والإطعام والكسوة.

ومن أصحابنا من قال: لا يكفر بالعتق قولًا واحدًا، وفي الإطعام والكسوة القولان في ملك العبد؛ لأن الاعتبار بحال الوجوب، وحالَ الوجوب كان عبدًا.

قال: وإن أراد أن يكفر بالصوم في وقت لا ضرر على مولاه[(١)] فيه، أي: مثل أن كان في الشتاء أو ما قاربه من الزمان القصير المعتدل، جاز، أي: من غير إذن المولى، سواء حلف بإذنه وحنث بإذنه، أو بغير إذنه؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك؛ فلم يكن له منعه[(٢)] منه؛ كما لو أراد أن يتطوع بالصلاة في غير زمان الخدمة، أو يقرأ القرآن.

وحكى الماوردي وغيره وجهًا: أنه لا يجوز من غير إذنه؛ لأنه ينقص نشاطه.

وحكم التطوع بالصوم في مثل هذا الوقت حكم الصوم عن الكفارة.

وفي «النهاية»: أن ما ذكر من جواز الصوم تبرعًا أو فرضًا حيث لا يؤثر في الرقبة والقوة في العبد، أما الأمة فللسيد أن يفطرها في صوم التطوع، وصوم الفرض إن لم يكن سبب وجوبه بإذنه.

قال: وإن كان عليه ضرر فيه؛ بأن كان في حر شديد، أو في طول النهار، أو كان يُضِر به ويضعفه عن العمل - نظر:

فإن كان حلف بغير إذنه وحنث بغير إذنه لم يجز؛ لأن السيد لم يأذن له فيما ألزم نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد؛ فكان له منعه وتحليله منه؛ كما لو أحرم بالحج بغير إذنه.

قال: وإن كان حلف بإذنه، وحنث بغير إذنه - فقد قيل: يجوز؛ لأن الإذن في الحلف إذن فيما يتعلق به ويترتب عليه؛ كما أن الإذن في النكاح إذن فيما يتعلق به من اكتساب المهر والنفقة، وهذا ما رجحه في «التهذيب».

قال: وقيل: لا يجوز، وهو الأصح؛ لأن اليمين مانعة من الحنث، ولا يعقبها[(٣)] وجوب الكفارة؛ فلم يكن إذنه فيها إذنًا في إلزام الكفارة.

---

(١) في أ: المولى.
(٢) في أ: منفعة.
(٣) في أ: يتعقبها.

ولأنه إذا حلف وحنث بغير إذنه، لم يجز له أن يصوم بغير إذنه، مع أنه لم ينهه عن المخالفة بالإذن في اليمين؛ فَلئلا[١] يجوز - وقد نهاه عن المخالفة وأكدها بإذنه في اليمين - كان أولى.

وقد بقى من القسمة الرباعية أمران:

أحدهما: قسيم الأول، وهو: إذا حلف بإذنه وحنث بإذنه، جاز من غير إذنه، ولم يكن للسيد منعه، وإن كانت الكفارة على التراخي؛ لما صدر عنه من الإذن، وحكى الإمام أن من أصحابنا من قال: لا يجوز.

الثاني: إذا حلف بغير الإذن، وحنث بالإذن، فطريقان:

أحدهما - وهو الذي جزم به الماوردي والمحاملي-: أنه يجوز، وهو قضية كلام ابن الصباغ؛ حيث علل وجه الجواز - فيما إذا حلف بالإذن، وحنث بغير الإذن - بأنه أذن في أحد سببى الكفارة؛ فلم يكن له المنع من التكفير؛ كما لو أذن في الحنث دون اليمين.

والطريق الثاني - وهو الذي ذكره الغزالي-: [أن][٢] فيه وجهين، والأظهر -وإن ثبت الخلاف- جوازه بغير الإذن.

قال: **فإن خالف**، أي: [حنث، و][٣] قلنا: لا يجوز من غير إذن، وصام، أجزأه؛ لأنها عبادة لا يقف انعقادها على إذنه؛ فصحت وإن جاز للسيد منعه؛ كالحج.

ولأن المنع لا يعود إلى نفس الصوم؛ فأشبه ما لو صلى الجمعة من غير إذنه.

قال: وإن كان نصفه حرًّا، ونصفه عبدًا، وله مال- أي: ملكه بنصفه الحر - كفر بالطعام والكسوة، أي: ولا يجوز له أن يكفر بالصوم؛ لأنه [واجد][٤] لما تقدم على الصوم، وإنما يؤمر بالصوم العاجز عنه، وهذا كما أنه إذا وجد ثمن الماء لا يجوز أن يصلي بالتيمم، وإذا وجد ثمن الثوب لا يجوز له أن يصلي عاريًا كالحر.

قال: دون العتق؛ لأنه إذا لم تكمل[٥] فيه الحرية[٦] لم يكن من أهل الولاء؛ فلم يصح منه الإعتاق كالعبد القن.

---

(١) في أ: فلأن لا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: حيث.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: لم تعمل.
(٦) زاد في أ: و.

وذكر الصيدلاني في تكفيره بالعتق قولين كالقولين في المكاتب إذا أعتق بإذن سيده، والذي يظهر أن يجيء فيه ما ذكرناه من الخلاف في العبد من طريق الأولى.

قال: وقيل: هو كالعبد القن، أي: فيكفر بالصوم، وهذا ما خرجه المزني، ويقال: إن ابن سريج[١] صوَّبه[٢] فيه.

وفي «الحاوي»: أن عدة من أصحابنا وافقوه عليه، ووجهوه بأنه ناقص بالرق[٣]، وبأن الأداء بحسب اللزوم، واللزوم يلغي[٤] جملته؛ فكذا الأداء؛ فلو أخرج المال لكان مخرجًا عن بعضه الرقيق.

والمذهب: الأول؛ لأن تكفير الحر الموسر[٥] بالمال، وتكفير العبد القن بالصوم، ولم يخل حالُ مَن نصفه حر ونصفه عبد من ثلاثة أحوال: تبعيض الكفارة على الرق والحرية، أو تغليب[٦] الرق على الحرية، أو على العكس، وقد أجمعوا على بطلان الأول؛ فلم يبق إلا تغليب أحدهما؛ فكان تغليب الحرية في التكفير بالمال أولى من تغليب الرق في التكفير بالصوم من وجهين:

أحدهما: أنه لما تغلبت حرية بعضه في السراية إلى عتق جميعه تغلب حكمها في تكفيره.

والثاني: أن التكفير بالمال أصل، وبالصيام بدل؛ فكان تغليب ما أوجب الأصل من المال أولى من تغليب ما أوجب البدل من الصيام.

وقد نجز - بحمد الله - شرح مسائل الكتاب، ولنختمه بذكر فوائد وفروع متعلقة به، فنقول:

الكفارات ثلاثة أنواع:

نوع مرتب لا تخيير فيه، وهو كفارة القتل والجماع والظهار.

ونوع مخير لا ترتيب فيه، وهو جزاء الصيد وفدية الأذى.

ونوع فيه تخيير وترتيب، وهو كفارة اليمين وما في معناها من كفارة النذر، وقولِهِ: أنت علي حرام.

---

(١) في أ: شريج.
(٢) في د: صوره.
(٣) في د: الرق.
(٤) في أ: ينفي.
(٥) في أ: الوس.
(٦) في أ: تقليب.

فالتخيير في الأنواع الثلاثة، والترتيب بينها وبين الصوم، وعلى كل حال: فإذا أتى بها في [أي][١] وقت كانت أداء إلا كفارة الظهار؛ فإن لها وقت أداء وهو إذا فعلت بعد العود وقبل الجماع، ووقت قضاء وهو إذا فعلت بعد العود والجماع، صرح به البندنيجي.

ويجوز لكل من وجبت عليه الكفارة إذا كان أهلًا لأدائها: أن يخرج المال منها بنفسه، ويجوز أن يأمر غيره بإخراجه، وإذا أمر غيره بالإخراج: فإن كان من مال المأمور صح، سواء كان بجعل أو بغير جعل، ويقدر بيعًا أو هبة، وموضع الكلام في ذلك عند الكلام فيما إذا قال لغيره: أعتق [عبدك عني][٢] . وإن كان من مال نفسه فالمأمور وكيل، ولا شك في جواز ذلك؛ لأن مقصودها المال، [والعمل][٣] تبع؛ فأجريت مجرى حقوق الآدميين، لكن النية في إخراجها مستحقة لما يتضمنها من العبادة، وللآمر والمأمور أربعة أحوال:

أحدها: أن ينوي الآمر عند الأمر والمأمور عند دفعه، فهو أكمل أحوال الجواز.

والثاني: ألا ينوي واحد منهما؛ فلا يجزئ، ولا يضمنه[٤] المأمور.

والثالث: أن ينوي الآمر عند دفعه، [ولا ينوي المأمور عند دفعه][٥] فهذا يجزئ لاقتران النية بالدفع.

والرابع: أن ينوي الآمر عند الأمر، ولا ينوي المأمور عند دفعه؛ ففي إجزائه وجهان، حكى ذلك الماوردي.

والثالث على الضد مما حكى في كتاب الزكاة.

ثم الآمر إما أن يعين ما يخرجه في الكفارة، أو لا يعينه ويطلق؛ فإن عين شيئًا، فأخرج غيره ضمنه، سواء عدل من الأدنى[٦] إلى الأعلى، كعدوله من الإطعام إلى العتق، أو بالعكس، كذا أطلقه الماوردي.

قلت: وفي ضمان المعتق[٧] نظر؛ لأن العتق غير نافذ [فكيف يضمنه][٨]؟!.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عبدك كفى.
(٣) في أ: العمله.
(٤) في د: يتضمنه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الآني.
(٧) في د: العتق.
(٨) في أ: فيضمنه.

وإن أطلق الإذن، ولم يعين له جنسًا، فإن كانت الكفارة مرتبة حمل إطلاقه على ما يقتضيه حاله من عتق أو إطعام، فإن أخرج غيره لم يجزئه. وإن كانت كفارة تخييرمثل: كفارة الأيمان، فإن كفر بأقل الأشياء ثمنًا جاز، سواء كان ذلك موجودًا في ماله أو غير موجود، وإن كفر بأكثر الأجناس ثمنًا: فإن لم يوجد في ملكه إلا هو أجزأه، وإن لم يوجد في ملكه إلا الأقل لم يجزئه، ويكون ذلك على المأذون دون الآمر، والكفارة باقية، وكذا إن لم يكن في ملكه واحد منهما.

وإن كانا في ملكه فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك.

والثاني: أنه يجوز.

وهذا كله في حال الحياة، أما إذا مات من وجبت عليه الكفارة، ولم يخرجها - نظر:

إن خلف[١] تركة، كانت الكفارة في ماله، أوصى بها أو لم يوص، وسبيلها سبيل الديون، هذا هو المذهب.

وذكر في باب الوصية وجه: أنه إن أوصى بها أخرجت من الثلث، وإلا لم تخرج.

وعلى المذهب: للوصي أو الوارث أن يعتق عنه في الكفارة المرتبة، ويكون الولاء للميت؛ فإن تعذر العتق أطعم من التركة؛ لأن ذلك الواجب.

وأما إذا كانت الكفارة غير مرتبة، مثل: كفارة اليمين وما في معناها، فالواجب - على ما حكاه البندنيجي والمحاملي-: [الإطعام لأنه أقل ما يكفر به في حال الحياة، وقال صاحب التهذيب: الواجب: أنقص الأشياء قيمة من][٢] الإطعام والكسوة والعتق، واتفقوا أن الوارث إذا كفر بأعلاها قيمة جاز.

وانفرد البندنيجي والمحاملي بحكاية وجه في الإعتاق: أنه لا يجزئ، وقد حكاه غيرهما.

وبنى[٣] في «الحاوي» الوجهين في جواز الإعتاق على خلاف بين أصحابنا في أن الواجب بالنص في كفارة التخيير أحد الخصال على وجه التخيير، أو

(١) في أ: حلف.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ويفنى.

الواجب جميعها بالنص، وله إسقاط جميعها بفعل أحدها؟ فإن قلنا بالأول لا يجزئ، وإن قلنا بالثاني أجزأه، وهو الأصح في الطريقين، وعليه ينبني ما لو أوصى بالعتق وهو أزيد قيمة؛ فإنه يعتبر من الثلث، لكن هل المعتبر جملة الرقبة، أو القدر الزائد من ثمنها على قدر الواجب؟ فيه وجهان يجريان - على ما حكاه في «التهذيب» - فيما إذا أوصى بالكسوة أو الإطعام، وذلك أزيد قيمة:

فعلى الأول - وهو الأصح عند الرافعي، وظاهر النص، ولم يحك البندنيجي سواه - إن وفى الثلث بها فذاك، وإن لم يوف، أطلق الرافعي القول ببطلان الوصية، وقال البندنيجي والمحاملي: إنما يفرد من التركة قدر الطعام وثلث ما تبقى: فإن لم يَفِ بقيمة رقبة بطلت الوصية، وإن وفى فوجهان، قال ابن سريج وأبو إسحاق وغيرهما: يعتق بذلك رقبة، وظاهر المذهب: أن الوصية تسقط.

وعلى الثاني: إن لم يوف الثلث بما زاد بطلت الوصية.

وحكي في أصل المسألة وجه ثالث ضعيف في العتق: أن جملة الرقبة تعتبر من رأس المال، ويتجه جريانه في الكسوة والإطعام أيضًا.

وإن كان الميت معسرًا فقد حكى الماوردي: أن الأصحاب اختلفوا في أن التكفير يعتبر بالواجب؛ فيكون على ما مضى، أو معتبر بالتطوع؛ فيكون - على ما سيأتي - على وجهين، والذي حكاه في التطوع: أنه جائز إذا أوصى به، سواء كان عتقًا أو صدقة. وإن لم يوص به: فإن كان صدقة جاز من الوارث وغيره، وإن كان عتقًا: فإن تطوع به غير الوارث لم يجز؛ لأنه يتضمن الولاء، وهو يجري مجرى النسب؛ للحديث المشهور: «وليس لأحد إلحاق نسب بغيره»؛ فكذلك الولاء. وإن تطوع به بعض الورثة لم يجز؛ لما ذكرناه في الأجنبي، وإن تطوع به جميع الورثة فوجهان؛ هذا آخر كلامه، ومقتضاه - إذا فرعنا على الوجه الثاني - أن التكفير إن جرى بوصية من الميت يجوز من الوارث والأجنبي بالعتق وغيره، وقد صرح به ابن الصباغ وغيره، وجعله كما لو جرى في حال الحياة بإذنه، وإن جرى بغير وصية؛ يجوز من الوارث ومن الأجنبي التكفير بالطعام والكسوة، ولا يجوز من الأجنبي وبعض الورثة بالعتق، وهل يجوز به من جميع الورثة؟ فيه وجهان، وهذا يفهم أنه لا فرق بين الكفارة المرتبة والمخيرة، والذي حكاه ابن الصباغ والبندنيجي والمحاملي وغيرهم: أن الوارث يجوز له في الكفارة المرتبة أن يعتق وأن يطعم، وإن لم تكن مرتبة يجوز له الإطعام، وهل يجوز له العتق؟ فيه وجهان.

قال الإمام: والأولى ترتيب الخلاف على الخلاف فيما إذا خلف تركة؛ فإن التركة عُلْقَةٌ قائمة حتى كأنها بقية من حياته.

وأما الأجنبي فلا يقع عتقه عن الميت[١]، وهل يجزئ إخراجه الإطعام والكسوة؟ سكت ابن الصباغ عن ذلك، وحكى الإمام ومن تابعه فيه وجهين، ووجه الأصحاب عدم إجزاء العتق منه بأمرين:

أحدهما : أن التكفير بغير الإعتاق متيسر؛ فلا يعدل إلى الإعتاق؛ لما فيه من عسر إثبات الولاء، ومقتضى هذا: أن يجوز في الكفارة المرتبة.

والثاني : أن فيه إضرارًا بأقارب الميت من حيث إنهم يؤاخذون بجناية معتقه، وفي طريقة المراوزة حكاية وجه في إجزاء عتق الأجنبي، ووجه في عدم إجزاء الطعام من الوارث والكسوة، وضعفهما الغزالي.

وأما الصوم فالجديد: أنه لا يجوز للوارث ولا لغيره أن يصوم عنه، وفي القديم: جوازه للولي[٢]، والأجنبي المأذون له في الصوم كالولي، وغير المأذون له فيه خلاف مرتب على الإطعام، وأولى بالمنع.

---

(١) في أ: الحنث.

(٢) في أ: للمولى.

باب العدد

العدة - بالكسر-: الاسم من «الاعتداد»، وقد تجعل مصدرًا لإحصاء العدد[1]؛ فيقال: عددت الشيء عدًّا، واعتدَّتِ المرأةُ اعتدادًا.

ويقال: عده فاعتد، أي: صار معدودًا.

وهي في الشرع: اسم لمدة معدودة تَرَبَّصُ فيها المرأة؛ لتعرف براءة الرحم.

وذلك يحصل بأحد ثلاثة أمور:

بوضع الحمل.

أو: الأقراء.

أو: الأشهر؛ على ما سنذكره.

والأصل فيها - قبل الإجماع - آيات الكتاب؛ كقوله - تعالى - في سورة البقرة: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] [وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]][2] ، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

ومن السنة: ما سنذكره في موضعه.

قال أبي بن كعب: أول ما أنزل من العدد: الآية [الأولى][3]؛ فارتاب ناس بالمدينة في عدة الصغار والمؤيسات وذوات الحمل؛ فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك؛ فأنزل الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ ...﴾ إلى آخرها.

قال - رحمه الله-: **إذا طلق امرأته بعد الدخول، وجبت عليها العدة**، أي: سواء كان الدخول في حال الصِّبا، أو بعد البلوغ، وسواء كان الواطئ مقطوع الأنثيين أو لا؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾،

---

(١) في أ: العدة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

ويعضده مفهوم قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

فإن قيل: القصد من العدة - في الغالب- معرفة براءة الرحم، وهي متحققة؛ فيما إذا لم يحصل ثَمَّ إنزال؛ فلماذا وجبت والحالة هذه؟

فالجواب: أن الإنزال خفي يختلف في حق الأشخاص وفي الشخص الواحد باعتبار ما يعرض له من الأشغال؛ فيعسر تتبعه ويقبح؛ فأعرض الشرع عنه، واكتفى بسبب الشغل وهو الوطء، والوطء بتغييب الحشفة.

وهذا صنيعه في تعليق الأحكام بالمعاني الخفية: كالإسلام، والبيع، وغيرهما.

ثم الأصحاب لما رأوا اكتفاء الشرع في وجوب العدة - بما ذكرناه - ألحقوا به استدخال المرأة ماء الزوج من طريق الأولى، لأنه أقرب إلى العلوق من تغييب الحشفة، وألحقوا بذلك النسب أيضًا، وقالوا: لا اعتبار بقول الأطباء: إن الماء إذا ضربه الهواء لم ينعقد منه الولد؛ لأنه شيء مقول بالظن لا يتأتى فيه الإمكان.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أن الاستدخال[1] لا يوجب العدة؛ إعراضًا عن النظر إلى شغل الرحم، [وإدارة للحكم][2] على الإيلاج.

ثم على الأول: هل يشترط أن يكون ماء الزوج صدر عن وطء شبهة، أو لا فرق فيه بين ذلك وبين أن يكون صدر عن زنى؟

الذي ذكره صاحب «التهذيب» - على ما حكيناه في باب ما يحرم من النكاح- عن المذهب: الأول، وأبدى من عند نفسه الثاني؛ كما لو وطئ زوجته على ظن أنه زنى بها.

وأطلق الرافعي الجواب هاهنا بوجوب العدة من غير تفصيل؛ فلعله محمول على ما حكاه في «التهذيب».

فرع: لو أقرت المرأة بالدخول، وأنكر الزوج، وحلف عليه - ففي وجوب العدة عليها وجهان محكيان في «النهاية» في باب الإقرار بالنسب.

قال: وإن طلقها بعد الخلوة، ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا عدة عليها؛ لقوله - تعالى-: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، ولأن القصد بالعدة:

---

(١) في أ: الاستحال.
(٢) في أ: وإذا أراه الحكمة.

معرفة البراءة، وهي محققة مع انتفاء مظنتها.

والقول الثاني - وهو القديم-: أن عليها العدة؛ لما ذكرناه في كتاب الصداق: أن عمر وعليًّا - رضي الله عنهما- قالا: «إذا أغلق بابًا وأرخى سترًا فلها الصداق كاملًا، وعليها العدة».

ولا فرق في جريان القولين بين أن تجري مباشرةٌ فيما دون الفرج أو لا.

والمطلقة قبل الدخول والخلوة لا عدة عليها اتفاقًا.

وزوجة المجبوب الذكر، الباقي له الأنثيان، لا يتصور منه الدخول، ولا عدة على زوجته[(١)] إذا طلقها وهي حائل، وإن طلقها وقد ظهر بها حمل فقد ذكرنا أنه يلحقه، وعليها أن تعتد بوضعه.

وامرأة الممسوح لا تجب عليها عدة الطلاق؛ بناء على الصحيح - في [أن][(٢)] الولد [غير][(٣)] لاحق به.

قال: **ومن وجبت عليها [العدة]**[(٤)] ، أي: بسبب الطلاق، وهي حامل، أي: بحمل يجوز أن يكون من المطلق حتى المنفي[(٥)] باللعان - اعتدت بوضع الحمل، أي: ولو كان ميتًا؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وإنما قيدنا صورة المسألة بالطلاق؛ لأن عدة المتوفى عنها والموطوءة بالشبهة ستأتي في الباب، إن شاء الله تعالى.

وإنما قلنا: إن وضع الحمل المنفي باللعان يحصل به الاعتداد؛ لأنه يحتمل[(٦)] أن يكون منه.

والقول في العدة قول المرأة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ثم المعتبر في انقضاء العدة بالحمل أن ينفصل بجملته، فإن كان أكثر من ولد فلا بد من خروج الجميع، وإن كان ولدًا واحدًا فلا بد من انفصال جميعه وجهًا واحدًا، حتى لو لم تنفصل رجله، لم تنقض[(٧)] العدة؛ فلو ماتت ورثها إذا كان الطلاق رجعيًّا؛ وكذلك هي، وإن كان في وجوب الدية بقتله[(٨)] وغيرها من

---

(١) في د: زوجة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: ينتفي.
(٦) في أ: تحمل.
(٧) في أ: تنفصل.
(٨) في أ: بقلبة.

الأحكام خلافٌ يأتي في موضعه.

أما إذا لم يمكن أن يكون من المطلق؛ بأن وضعته لدون ستة أشهر من يوم النكاح أو لأكثر، وبين الزوجين مسافة [لا][(١)] تقطع في تلك المدة - فلا تنقضي به العدة، كما سنذكره في زوجة الصبي؛ لأنه ليس منه، هذا هو المشهور.

وفي «الوجيز» وراءه وجهان آخران جاريان فيما لو مات:

أحدهما: انقضاء العدة به؛ لاحتمال أنه جرى وطء شبهة قبل النكاح.

والثاني: أنها إن ادعت وطء شبهة حكمنا بانقضاء العدة؛ لأن القول في العدة قولها إذا حصل الإمكان.

ولم يذكر في «النهاية» ولا في «البسيط» [(٢)] الوجهين في هذه الصورة، وإنما ذكراهما مع الوجه الأول فيما إذا قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق، فولدت، وشرعت في العدة، ثم ولدت بعد ستة أشهر ولدًا آخر.

والثالث منهما: الفرق بين أن يدعى وطئًا [محترمًا من][(٣)] الزوج بعد الولادة الأولى؛ فتنقضي العدة، أو لا يدعى؛ فلا نحكم بانقضائها.

ثم إذا فرعنا على المذهب فمتى تشرع في الأقراء؟ ينظر: إن كان الحمل من وطء شبهة أو نكاح فاسد، فمن حين الوضع، وكذلك إن كان من زنى، ولم تَرَ الدم على الحمل، أو رأته، وقلنا: إنه ليس بحيض، أما إذا قلنا: إنه حيض، فهل تنقضي عدتها بثلاثة أطهار في حال الحمل؟ وجهان، أظهرهما عند الرافعي: الانقضاء، وعلى هذا: لو زنت[(٤)] في عدة الطلاق، وحبلت من الزنى، لم يمنع ذلك انقضاء العدة، ولو كان الحمل مجهول الحال، فقد حكينا من قبل عن الروياني أنه يحمل على أنه من زنى.

وفي «النهاية» في فصل أوله: «إذا نكحت في العدة» - أن المعتدة لو أتت بولد لا يمكن أن يكون من[(٥)] واحد منهما لا نقضي بأنه ولد زنى، ولكن لا أب له، وطريق تحسين الظن حمل العلوق به على وطء شبهة.

فرع: امرأة المسلول الأنثيين، الباقي الذكر، إذا وضعت حملًا انقضت عدتها

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: الوسيط.
(٣) في د: محرمًا بين.
(٤) في د: رأت.
(٥) زاد في د: كل.

بوضعه؛ بناء على الصحيح في لحوق الحمل به.

وفيه وجه: أنه لا يلحقه؛ فعلى هذا لا تنقضي العدة بوضعه.

قال: **وأكثره أربع سنين**، وقال المزني - على ما حكاه الماوردي وغيره-: أكثره سنتان.

والدليل على المذهب في اعتبار مدة السنين الأربع: الاستقراء؛ قال مالك[١] -رحمه الله-: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، وحملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين.

وروى المبارك عن مجاهد قال: مشهور عندنا: كانت امرأة محمد بن عجلان تحمل وتضع في أربع سنين.

وروى الشافعي عن حماد بن سلمة، عن علي بن زيد القرشي: أن سعيد بن المسيب أراه رجلًا، فقال: إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين، فوضعت هذا وله ثنايا.

ورأى هشام بن يحيى المجاشعي قال: بينما مالك[٢] بن دينار يومًا جالس إذ قام رجل، فقال: يا أبا يحيى، ادع لامرأةٍ حبلى منذ أربع سنين قد أصبحت في كرب شديد؛ فغضب مالك وأطبق المصحف، وقال: ما ترى هؤلاء القوم؟ ثم قرأ ودعا؛ فجاء الرسول إلى الرجل، فقال: أدرك امرأتك؛ فذهب الرجل، فما حط مالك[٣] يده حتى طلع الرجل من باب المسجد على رقبته غلام جعد قطط ابن أربع سنين، قد استوت أسنانه، ما قطعت سراره.

وفي أن هذه المدة [هي][٤] أكثر مدده؛ بأن الأصل فيما زاد العدم.

وحيث تكلمنا في الدليل على أكثر الحمل، فلنذكر الدليل على أقل مدته وهي ستة أشهر.

ونقول: الدليل على ذلك: ما روي أنه أُتِيَ إلى عثمان - رضي الله عنه - بامرأة ولدت لستة أشهر؛ فشاور القوم في رجمها؛ فقال ابن عباس - رضي الله عنهما-: أنزل الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وأنزل: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]؛ فالفصل في عامين، والحمل في ستة أشهر. قال الماوردي: فرجع عثمان ومن حضر إلى قوله؛ فصار إجماعًا.

---

(١) في أ: ملك.

(٢) في أ: ملك.

(٣) في أ: ملك.

(٤) سقط في أ.

قلت: وفي هذه الواقعة دليل على ما ادعاه الروياني أن الحمل المجهول الحال يحمل على أنه من زنى، وقد روي أن الحسن بن علي - رضي الله عنهما- وُلِدَ بعد ستة أشهر من ولادة أخيه الحسين[١].

وقال القتبي[٢] : إن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر.

قال: [فإن] وضعت ما[٣] **لم يتصور فيه خلق آدمي، وشهد القوابل** أن ذلك خلق آدمي- فقد قيل: تنقضي به العدة، وهذا نصه هاهنا، قال الماوردي: في القديم؛ لأن القصد من العدة معرفة براءة الرحم، وهي تحصل برؤية الدم؛ فمثل هذا أولى.

قال: وقيل: فيه قولان:

أحدهما: أنها تنقضي؛ لما ذكرناه.

والثاني: أنها لا تنقضي، وهو مخرج من نصه في الجنايات[٤] ؛ فيما إذا جنى على امرأة فألقت مثل ذلك-: أنه لا يجب على الجاني الغُرَّة، ومن نصه في أمهات الأولاد: أن الاستيلاد لا يحصل به. ووجهه: أن هذه الأحكام منوطة[٥] بالولد، واسم «الولد» لا يقع عليه؛ فصار كما لو ألقت عَلَقة.

والقائل الأول فرق بأن الغرة الأصل براءة الذمة منها؛ فلا تجب بالشك، وأمومة الولد منوطة باسم الولد، وهذا لا يسمى ولدًا، والعدة منوطة باسم الحمل، وهذا يسمى حملًا، بخلاف العلقة؛ فإنها لا تسمى حملًا.

وفي المسألة طريقة قاطعة، وصححها صاحب «التهذيب»: أن العدة لا تنقضي بذلك. وقائلها حمل النص على ما إذا كانت فيه صورة خفيت عنا وعرفها

---

(١) قوله: وقد روي: أن الحسن بن علي - رضي الله عنهما - ولد بعد ستة أشهر من ولادة أخيه الحسين. انتهى كلامه.
كذا وقع في أصل المصنف بخطه أن الحسن بعد الحسين وهو غلط، فإن الحسن أكبر من الحسين بلا نزاع.
قال النووي وغيره: إن الحسن ولد في نصف رمضان سنة ثلاث، وتوفي بالمدينة مسمومًا سنة تسع وأربعين، وأن الحسين ولد في شعبان سنة أربع، وكان قتله يوم عاشوراء سنة إحدى وستين بالعراق رضي الله عنهما. [أ و].
في بعض النسخ ورد على الصحيح وعليه لا تعقيب.

(٢) في أ: القسي.

(٣) في التنبيه: بما.

(٤) في أ: الجبايات.

(٥) في د: منقطعه.

القوابل؛ فإن العدة تنقضي بها وجهًا واحدًا؛ كما لو كانت الصورة ظاهرة لنا.

وفي «الرافعي»: أنه يشبه أن يكون الراجح طريقة القولين، وأن يقال: الأظهر انقضاء العدة؛ ولذلك ذكره الشيخ أبو الحسين ابن خيران في «اللطيف»، والقاضي الروياني وإبراهيم المَرْوَرُّوذِي.

فرع: لو شك القوابل فيما وضعته في أنه مبتدأ خلق آدمي أم لا، فلا خلاف في أنه لا يترتب عليه حكم من أحكام الحمل.

قال: وإن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بثلاثة أطهار.

الأقراء: جمع قرء، بضم القاف وفتحها. يجمع «القرء» على «أقراء» و«قُرُوء»، وهو اسم مشترك بين الحيض والطهر يقع على كل منهما حقيقة عند الأكثرين من أهل اللغة، وقيل: إنه حقيقة في الطهر، مجاز في الحيض، وقيل عكسه، وقيل: إنه حقيقة في الانتقال من معتاد إلى معتاد؛ فتناول الانتقال من الحيض إلى الطهر وعكسه.

وقيل: إن القرء - بالفتح-: الطهر، وهو الذي يجمع على «فُعول»؛ كحرب وحروب، وضَرْب وضروب. والقرء - بالضم - يجمع على «أقراء»؛ كقُفْل وأقفال، والصحيح أنه لا فرق.

إذا تقرر ذلك فنقول: الدليل على ما ادعاه الشيخ من أن الاعتداد في حق ذوات الأقراء يكون بالأطهار، قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والمراد بالقروء[١] في الآية: الأطهار عند الشافعي؛ كما ذهب إليه زيد بن ثابت، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة، رضي الله عنهم.

واستدل أصحابنا لذلك بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: في وقت عدتهن؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي: في يوم القيامة. والطلاق المأمور به في الطهر، قال - عليه السلام - لعمر - رضي الله عنه - وقد طلق ابنُهُ زوجته في الحيض: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا؛ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»[٢] فجعل الطهر[٣] زمان العدة. وروي أنه - عليه السلام- [كان][٤] يقرأ[٥]: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِقُبُلِ

---

(١) في أ، د: بالقرء.
(٢) تقدم.
(٣) في أ: للطهر.
(٤) سقط في أ.
(٥) تقدم تخريجه.

عِدَّتِهِنَّ﴾، وقبل الشيء: ما اتصل بأوله؛ فكان القبل والاستقبال سواء.

وتمسك الماوردي في ذلك بأن الله - تعالى- أثبت الهاء فيها، والهاء إنما تثبت في جمع المذكر دون المؤنث، و«الأطهار» جمع «طهر»، و«الطهر» مذكر، و«الحيض» لو قدرت جمع «حيضة».

ولأن «القرء» مشتق من الجمع؛ يقال: قرأتُ الطعام في فيه، وقرأت الماء في جوفه؛ إذا جمعته، ومن ذلك سمي القرآن قرآنًا؛ لاجتماعه؛ قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْنَٰهُ فَٱتَّبِعْ قُرْءَانَهُۥ﴾ [القيامة: ١٨] يعنى: إذا جمعناه فاتبع اجتماعه. وسميت القرية: قرية؛ لاجتماع الناس فيها، وإذا كان «القرء» هو الجمع كان بالطهر أحق من الحيض؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم، والحيض خروج الدم من الرحم، وما وافق الاشتقاق كان أولى بالمراد من مخالفه، والله أعلم.

وفي «تعليق» القاضي الحسين والرافعي: أنه يروي أن الشافعي [وأبا عبيد القاسم ابن سلام تناظرا في «القرء»، وكان الشافعي يقول: إنه الحيض][(١)] ، وأبو عبيد يقول: إنه الطهر؛ فلم يزل كل واحد منهما يقرر قوله حتى تفرقا وقد انتحل كل واحد منهما مذهب صاحبه، وتأثر بما أورده من الحجج والشواهد.

ثم قال الرافعي: وهذه الحكاية تقتضي أن يكون للشافعي قول قديم أو حديث يوافق مذهب أبي حنيفة.

ثم ما المراد من الطهر المفسر به القرء؟ فيه قولان:

المذكور منهما في «الرسالة»: أنه الانتقال إلى الحيض، [وهذا][(٢)] أخذًا من قولهم: قرأ النجم، إذا طلع، وقرأ: إذا غاب، وقد يقال: قرأ، إذا انتقل من بُرْج إلى برج.

قال الرافعي: وقد يقتضي الاشتقاق وقوع الاسم على الانتقال من الحيض إلى الطهر، كوقوعه على الانتقال من الطهر إلى الحيض، وهذا قد حكيناه من قبل.

قال المتولي: الانتقال من الحيض إلى الطهر لا يدل على براءة الرحم؛ فإنها قد تحمل من الوطء في زمان الحيض، ثم ينقطع فيه، والانتقال من الطهر إلى الحيض يدل على البراءة؛ لأن الغالب أن الحامل لا ترى الدم؛ فاعتبر الشرع هذا الانتقال، ولم يعتبر ذلك الانتقال.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

الثاني - وهو المذكور في «الأم» - أنه الْمُحْتَوش بدمين، لا مجرد الانتقال، وهو الجديد، والأصح في «التهذيب» وعند القاضي الروياني وغيره. قال الرافعي: لكنه يخالف ما حكيناه في كتاب الطلاق [أن أكثرهم حكموا بوقوع الطلاق] (١) في الحالف إذا قال للتي لم تحض قطُّ: أنت طالق في كل قرء طلقة.

وأظهر المراوزة ثمرة هذا الخلاف فيما إذا اعتدت الصغيرة بالشهور، ثم حاضت في أثنائها، وفيما إذا قال لها: أنت طالق في آخر طهرك، أو وقع ذلك اتفاقًا، وعند العراقيين في ذلك كلام سنذكره.

قال: ومتى يحكم بانقضاء العدة؟ فيه قولان:

أحدهما: إن كان الطلاق في طهر- أي: قبل جماع فيه أو بعده- انقضت العدة بالطعن في الحيضة [الثالثة، وإن كان في حيض انقضت العدة بالطعن في الحيضة] (٢) الرابعة؛ لأن الظاهر أن الذي ظهر دم حيض؛ فيكون الطهر قبله قد كمل؛ فانقضت العدة بثلاثة أقراء، وقد روي عن عائشة وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أنهما قالا: إذا طعنت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه (٣). وعن عثمان وابن عمر - رضي الله عنهم- أنهما قالا: إذا طعنت في الحيضة الثالثة فلا رجعة له (٤). وهذا القول هو الذي رواه الربيع والمزني، وهو الأصح.

فإن قيل: فإذا (٥) كان الطلاق في الطهر (٦) لم يكمل بذلك ثلاثة أقراء، وإنما حصل قرءان وبعض الثالث، والله - تعالى- أوجب الاعتداد بثلاثة أقراء.

فالجواب: أنه قد يطلق اسم «الثلاث» على الاثنين وبعض الثالث؛ قال الله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌۚ﴾ [البقرة: ١٩٧] وهو شهران وبعض الثالث، وتقول: كتبت لثلاث خلون، وإن كان قد مضى اثنان وبعض الثالث؛ فكذلك في «الأقراء».

فإن قيل: ذلك مجاز، والأصل في الإطلاق الحقيقة.

قيل: الحمل [على] (٧) المجاز هاهنا متعين؛ لأمرين:

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٥٩) برقم (١٩٣، ١٩٥)، ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٦/ ٢٦) برقم (٤٦٠٦).
(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٦/ ٢٧).
(٥) في د: إذا.
(٦) في التنبيه: في طهر.
(٧) سقط في أ.

أحدهما: أنها لو لم تعتد به عن الطلاق لكانت عدتها بأكثر من ثلاثة أقراء، والله - تعالى- أمرها أن تعتد بثلاثة أقراء.

والثاني: أنه منع من الطلاق في الحيض؛ لئلا تطول عدتها؛ لفوات الاعتداد بحيضها[١]، وتَرْكُ الاعتداد بما ذكرناه أبعد لعدتها، وأسوأ حالًا من الطلاق في الحيض؛ فلو لم تعتد به لكان المنع من الطلاق فيه أولى.

واعلم أنا إنما نبهنا[٢] على أنه لا فرق في بقية الطهر بين أن يكون قبل الجماع أو لا؛ لأنا رأينا الجيلي قد جزم القول بأنه إذا كان الطلاق بعد جماع فيه: أن عدتها لا تنقضي إلا بالطعن في الحيضة الرابعة، وهذا خلاف ما نص عليه الشافعي في «المختصر»، وصرح به أصحابنا[٣] كالماوردي، وابن الصباغ والإمام وغيرهم، ولم أَرَ ما قاله لأحد من أصحابنا. نعم، حكوه عن أبي عبيد القاسم بن سلام؛ فلعله اعتقد أنه من أصحابنا؛ فاقتصر على حكاية مذهبه.

قال: والثاني: لا تنقضي حتى تحيض يومًا وليلة، أي: من الحيضة الثالثة أو الرابعة؛ لجواز أن يكون ذلك دم فساد؛ فلا نحكم بانقضاء العدة بالشك، وهذا ما رواه البويطي [وحرملة] .

قال: وقيل: إن حاضت للعادة انقضت العدة بالطعن في الحيض، لأنه يعلم من العادة أنه حيض، وإن حاضت لغير العادة لم تنقض حتى تحيض يومًا وليلة؛ لأنه لا يعلم أنه حيض بيقين .

والقائل بهذه الطريقة حمل النصين على هذين الحالين، والقائل الأول يقول: إن لم يوجد شرط الحيض بعد ذلك تبين أن العدة لم تنقض.

وهل لحظة رؤية الدم، أو اليوم والليلة - إن اعتبرنا وجودهما - من نفس العدة، أو يتبين بها انقضاء العدة وليست منها؟ فيه وجهان محكيان في الطريقين، وأصحهما - على ما حكاه الرافعي وغيره-: الثاني، وتظهر فائدة الخلاف فيما لو راجعها في هذا الزمن، أو مات واحد منهما، أو تزوجها غيره.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الدم الذي رأته في زمن الإمكان أسود أو أصفرَ أو كَدِرًا.

---

(١) في د: بحيضتها.
(٢) في أ: نهينا.
(٣) في د: أصحابه.
(٤) في د: وجزم به.
(٥) في أ: يتبين.

وقال أبو سعيد الإصطخري: الصفرة والكُدْرة في غير أيام العادة ليست بحيض؛ لأنه إذا تجرد من صفة الحيض، وخرج عن زمانه؛ كان قاصرًا.

قال أبو إسحاق المروزي: وقد كنت أذهب إلى هذا حتى رأيت للشافعي نصًّا يسوى في الصفرة والكدرة بين أيام العادة وغيرها.

تنبيه: قول الشيخ: «إن كان الطلاق في طهر انقضت العدة بالطعن في الحيضة الثالثة»، محمول على ما إذا بقي من الطهر بعد وقوع الطلاق بقية، أما إذا لم يبق، بل انطبق آخر لفظ لطلاق على [آخر][1] [أجزاء][2] الطهر، ويتصور ذلك بأن يقول: أنت طالق في آخر أجزاء طهرك، أو يقع ذلك اتفاقًا - فالمذهب المشهور: أنه لا يعتد بذلك قرءًا، وإن كان كلام الشيخ يصدق عليه. وفيه وجه محكي في «المهذب» وغيره عن تخريج ابن سريج[3] أنه يعتد به قرءا. ومحله عند البندنيجي وابن الصباغ إذا تكمل لفظ الطلاق في زمن الطهر، وتخلل بينه وبين الحيض زمن وقوع الطلاق، وجزما القول بعدم الاعتداد فيما إذا انطبق آخر اللفظ على آخر الطهر، وغيرهما لم يعتبر ذلك، وما قالوه يمكن أن يخرج على قاعدة قررها الغزالي في كتاب الظهار: أن كل حكم مرتب على لفظ: فيكون مع آخر جزء منه، أو متأخرًا مترتبًا عليه ترتُّبَ الضد على زوال الضد؟ والأصح عند الغزالي وإمامه: الأول، ومقتضاه جريان الخلاف في الصورة التي حكيناها أولًا، ومقتضى مقابله: يكون الطلاق واقعًا في الحيض؛ فلا يعتد به قرءًا وجهًا واحدًا، ويكون محل الخلاف ما حكاه البندنيجي.

فائدة: إذا كانت المطلقة مستحاضة فلها أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن تكون معتادة.

الثانية: أن تكون مميِّزة، ولا يخفى الحكم فيها.

الحالة الثالثة: أن تكون معتادة مميزة؛ فالجمع بينهما مع اختلاف حكمهما غير ممكن، وفيما يعتبر منهما وجهان:

أحدهما - وهو ظاهر المذهب- حكم التمييز على العادة.

والثاني: عكسه.

ولا يخفي التفريع على كل قول.

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في د. (٣) في أ: شريح.

الحالة الرابعة: أن تعدما، ولذلك صورتان:

إحداهما[١]: أن تكون مبتدأة، وفيما نحيِّضها[٢] قولان مذكوران في الحيض.

والحكم في انقضاء عدتها: أنا ننظر:

إن كان الطلاق في الدم في أول الشهر انقضت عدتها بثلاثة أشهر كاملة؛ لأن الأغلب من عادة النساء أن يحضن في كل شهر حيضة، قال الرافعي: وشهرها ثلاثون يومًا. ثم قال: ويمكن أن تعتبر الأهلة؛ كما سنذكره في الناسية[٣]، وقد أشار إليه مشيرون.

وإن كان في أثناء الشهر فهل تعتد بباقيه[٤] قرءًا أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لجواز[٥] أن يكون حيضًا.

والثاني: نعم، وهو اختيار ابن أبي هريرة؛ لأن اعتبار الأغلب في الشهر أن يجمع حيضًا وطهرًا، يقتضي تغليب الحيض في أوله والطهر في آخره؛ فيصير الطلاق في آخره طلاقًا في الطهر، كذا حكاه الماوردي، وفيما علل به إشعار بأن محل الوجهين فيما إذا بقي من الشهر القدر الذي نحيِّضها فيه أو أقل، أما إذا بقي أكثر من الزمن الذي نحيضها فيه، فالذي يظهر أنه يجب القطع بالاعتداد به، وسنذكر من بعدُ عنه ما يعضده.

ويظهر من طريق النظر أمر آخر: أن يقال: إن كان الطلاق في أثناء الشهر، وكان ذلك الوقت [مثل الوقت الذي ابتدأ بها فيه الدم أولًا - تعتد[٦] بثلاثة أشهر من ذلك الوقت][٧] وجهًا واحدًا؛ بناء على أنا [لا][٨] نحيِّضها في الشهر أكثر من مرة واحدة إما لأنا نحيضها أقل الحيض ونجعل باقي الشهر طهرًا، أو لأنا نحيضها أغلب الحيض، ونجعل طهرها غالب الطهر؛ لأن ذلك الوقت يكون أول كل حيضة على هذا التقدير، أما إذا حَيَّضناها[٩] أقل الحيض، وجعلنا طهرها أقل الطهر، فيظهر أن عدتها تنقضي بأقل من ذلك.

وإن كان الطلاق قبل رؤية الدم، ثم رأت الدم في شهرها - فسيأتي بالاعتداد

---

(١) في أ: إحدايهما.
(٢) في أ: يحيضها.
(٣) في أ: المناسبة.
(٤) في أ: تعديا فيه.
(٥) في د: يجوز.
(٦) في د: أن تعتد.
(٧) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: حيضاناها.

[بما مضى][1] قرءًا حكاية خلاف: فإن اعتددنا به قرءًا[2] انقضت عدتها إذا استكملت شهرين بعده مع اتصال [الدم][3]، وإن لم نعتد به اعتدت بثلاثة[4] أشهر بعد رؤية الدم، سواء كان الدم في أول شهر أو في تضاعيفه؛ لأن أول الدم هو الحيض يقينًا.

الثانية: أن تكون ناسية للوقت والعدد؛ فلا تعلم هل كان حيضها يومًا أو عشرة، وهل كان في كل شهر أو شهور، أو في كل سنة أو سنين، وهي المتحيرة[5] - ففي حكم عدتها قولان:

أحدهما: أنها كالمبتدأة؛ فتحيض في كل شهر حيضة؛ فإن طلقت في شهر قد بقي منه أكثر من القدر الذي نحيِّضها إياه، اعتدت به قرءًا، وإن بقي قدر ما نحيضها أو أقل لم تعتد به قرءًا، كذا حكاه الماوردي.

وحكى البندنيجي: أنا على هذا القول نجعل حيضها من أول كل شهر. ولا يخفى تفريع الحكم على ذلك. وحكى القاضي الحسين وغيره وجهين:

أحدهما: أنه إن طلقها وقد بقي من الشهر خمسة عشر يوما [أو أقل فلا يحسب ذلك طهرًا؛ لاحتمال أنه كله حيض، وإن بقي أكثر من خمسة عشر يوما][6] حسب ذلك قرءًا؛ لأنا نقطع بأن فيه جزءًا من [طهر][7].

والثاني: يوافق ما يقتضيه التفريع على ما حكاه البندنيجي.

والقول الثاني: أن أمرها مشكل؛ فتنقضي عدتها بثلاثة أشهر كاملة من وقت طلاقها، سواء كان في أول الشهر أو تضاعيفه؛ لقوله- تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ [الطلاق: ٤] وهذه مرتابة؛ فتكون عدتها ثلاثة أشهر.

والذي حكاه البندنيجي على هذا القول: أنها تصبر[8] إلى سن الإياس[9]، وحكي عن صاحب «التقريب» رواية وجه: أنا نأخذ بالاحتياط، ويكون حكمها حكم التي[10] تباعد حيضها لعارض، ولا نقول - على هذا - بامتداد الرجعة

---

(١) في د: بأخر.
(٢) في د: فيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: عنه.
(٥) في أ: المتحيز.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: تصير.
(٩) في أ: اليأس.
(١٠) في أ: الذي.

وحق السكنى[(١)]، والذي عليه الجمهور خلافه، ولو كانت ناسية لعدد حيضها ذاكرة لوقته، وهي أن تقول: أعلم أن لي في أول كل شهر حيضة أنا ناسية لقدرها- ففيما تُرَدُّ إليه قولان كالمبتدأة:

فإن طلقت في أول الشهر اعتدت بثلاثة أشهر كوامل.

وإن طلقت في تضاعيفه اعتدت بباقيه قرءًا وجهًا واحدًا.

ولو كانت ناسية للوقت ذاكرة للعدد، وهي أن تقول: أعلم أن حيضي في كل شهر عشرة أيام، [ونسيت وقتها من الشهر - فينظر: إن بقي من الشهر بعد الطلاق أكثر من عشرة أيام][(٢)] اعتدت به قرءًا، فإذا مَضَى بعد مُضِيِّ ذلك الشهر شهران انقضت العدة، وإن كان الباقي عشرة أو أقل استقبلت ثلاثة أشهر كاملات بعد انقضاء ذلك الشهر.

قال: وإن كانت ممن لا تحيض؛ لصغر أو إياس[(٣)] **اعتدت بثلاثة أشهر**؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ الآية [الطلاق: ٤]، ومعنى قوله: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ أي: لم تعرفوا ما تعتد به التي أيست[(٤)] من ذوات الأقراء؛ فدل على[(٥)] ما ذكرناه عن أُبي في أول الباب.

وحكم من بلغت بالسن ولم تحض حكم من ذكرناه؛ لعموم الآية.

ولو ولدت المرأة، ولم تَرَ حيضًا قبل الولادة ولا نفاسًا بعدها فتعتد بالشهور؛ لظاهر الآية، أو هي كمن انقطع دمها بلا سبب ظاهر؛ لأن الحمل لا يكون إلا لذوات الأقراء؟ فيه وجهان، والأول اختيار الشيخ أبي حامد.

ثم الأشهر تعتبر بالأهلة أو بالعدد؟ ينظر: إن انطبق آخر الطلاق على آخر شهر - إما بالتعليق أو اتفاقًا - اعتبرت بالأهلة، وإن وقع الطلاق في أثناء شهر اعتبر الأول بالعدد - وأوله بعد الطلاق - والشهران الباقيان بالأهلة.

وذهب أبو عبد الرحمن محمد ابن بنت الشافعي إلى أنا نعتبر الأشهر الثلاثة بالعدد والحالة هذه.

وقد ذكرت في باب السلم عن الإمام وغيره كلامًا فيما إذا وقع العقد في آخر

---

(١) في أ: السبكي.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: يأس.

(٤) في أ: أنسيت.

(٥) في د: عليه.

لحظة من الشهر، وجاء بعده شهران ناقصان ومثله يجيء هنا.

قال: فإن انقطع دمها لغير عارض، أي: معروف، وهي ممن تحيض - ففيه قولان أحدهما، أي وهو الجديد: تقعد إلى الإياس إن لم يعاودها الحيض، ثم تعتد بالشهور - أي: ولا تعتد بها قبل ذلك - لأن الله تعالى لم يجعل الاعتداد بالشهور إلا للتي لم تحض وللآيسة(١)، وهذه ليست بواحدة منهما.

ولأنها مطلقة ترجو عود الدم؛ فلم تعتد بالشهور، قبل [تبين الإياس] (٢) كما لو انقطع لعارض معروف من مرض أو رضاع.

وقد استُفْتِيَ عثمان وعنده علي وزيد - رضي الله عنهم - في امرأة حَبَّان بن مُنْقِذ، وكان قد طلقها طلقة واحدة، وكانت لها منه بُنَيَّة(٣) صغيرة ترضعها؛ فتباعد(٤) حيضها، وأقامت تسعة عشر شهرًا لا تحيض - أترثه إذا مات؟ فقال لعلي وزيد: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها إن [ماتت ورثها، وإن](٥) مات ورثته؛ لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض، ولا من اللائي لم يحضن، وانتزع حبان البنت منها؛ فعاد إليها اللبن؛ فحاضت حيضتين، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة، فورَّثها عثمان، رضي الله عنه(٦).

قال: وفي الإياس قولان:

أحدهما: إياس أقاربها، أي: من أحد الأبوين، كما نص عليه في «الأم»؛ لتقاربهن في الطبع والخَلْق والخُلُق ونزوع بعضهن إلى بعض.

وقيل: الاعتبار بنساء العصبات؛ كمهر المثل، وهو بعيد.

وعلى الأول: لو اختلفت عادة أقاربها اعتبرنا أقل عادة امرأة منهن، وقيل: تعتبر أكثرهن عادة.

وهذا(٧) القول إيراد صاحب «التهذيب» يقتضي ترجيحه.

قال: والثاني: إياس جميع النساء [أي: أقصى إياس جميع النساء](٨)؛ لأنه لا يتحقق الإياس فيما دون ذلك.

---

(١) في أ: وللآية.
(٢) في أ: سن اليأس.
(٣) في أ: بنت.
(٤) في أ: فباعد.
(٥) سقط في أ.
(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ٣٤١) برقم (١١١٠٠).
(٧) في أ: هو.
(٨) سقط في أ.

قال الإمام: ولا يمكن طَوْف العالم والتفحص، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف.

وقيل: المعتبر سن اليأس غالبًا، ولا نظر إلى الأقصى؛ كما يعتبر في المستحاضة [و][١] المبتدأة الرد إلى الغالب في قولٍ.

وعلى كلا الوجهين: هل المعتبر نساء زمانها أو نساء أي زمان كان؟ الذي رأيته في «الإبانة» الأول، وكذلك في «تعليق» القاضي الحسين و «التتمة»، وغيرهم لم يتعرض لذلك.

واعلم أن القول باعتبار إياس جميع النساء هو الراجح على ما يقتضيه إيراد أكثرهم، خلا صاحب «التهذيب» كما حكيناه عنه، وقد حكى الروياني في «جمع الجوامع»، أن أبا إسحاق قال: لعله أصح القولين.

وقد اختلف أئمتنا في سنه[٢] - تفريعًا على هذا القول - على ستة مذاهب:

أشهرها: أنه اثنتان وستون سنة.

وقيل: ستون سنة، وهو ما ذهب إليه ابن القاص والشيخ أبو حامد، ويعضده ما رواه ثابت [بن][٣] قرة الحراني في كتاب «الذخيرة في الطب»: أن أقل سن [الإياس][٤] وانقطاع الحيض خمس وثلاثون سنة، وأكثره ستون سنة.

وقيل: خمسون سنة، وينسب هذا إلى رواية أبي الحسين بن خيران في «اللطيف».

وذكر أبو الفرج السرخسي: أن المرأة إنما تبلغ سن الإياس[٥] إذا جاوزت سبعين سنة، وحكى أن امرأة حاضت لسبعين[٦] سنة.

ويقرب منه ما حكاه الماوردي: أن امرأة من بني تميم [ذات][٧] خَفَرٍ وخشوع أخبرته بجامع البصرة أن الدم عاودها بعد الإياس كما كان يعتادها في زمان الشباب منذ سنة، وكان سنها نحو سبعين[٨] سنة.

وفي «الجيلي» حكاية وجه: أنه خمس وثمانون سنة.

وفي «البيان»: أن بعضهم قال: إن غير العربية لا تحيض بعد خمسين سنة، والعربية تحيض بعدها، ولا تحيض بعد ستين سنة إلا قرشية.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: سننه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: اليأس.
(٥) في أ: اليأس.
(٦) في أ: لتسعين.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: سبعون.

قال الماوردي: وهذا قول لا يتحقق.

ووراء ما ذكرناه في اعتبار سن الإياس(١) وجه آخر: أن المرجع فيه إلى سن نساء البلد الذي هي فيه؛ لأن للأَهْوية(٢) تأثيرًا في الأمزجة؛ فعلى هذا: لو اختلفت عادة أهل البلد فما المعتبر؟ الذي رواه الإمام عن حكاية بعض المصنفين: أنا نعتبر أقصى عادة امرأة منهن.

قال: والقول الثاني - أي في أصل المسألة-: أنها تقعد (٣) إلى أن تعلم براءة الرحم، ثم تعتد بالشهور؛ لأن الصغيرة لما عرفت(٤) براءة رحمها، وتعذّر في حقها الرجوع إلى الأقراء في الحال- اعتدت بالشهور؛ كذلك هذه إذا مضت عليها مدة تعرف براءة الرحم، وجب أن تعتد بالشهور؛ احتياطا كالصغيرة.

ولأن في الزيادة على ذلك حصول ضرر عظيم؛ فلم يكلف به؛ لقوله - عليه السلام-: «لَاضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ(٥) فِي الإِسْلَامِ» (٦) ، ووجه الضرار:

أما بها؛ فلأنها [تبقى لا أيِّمًا ولا ذات زوج في قعر البيت، وإذا بلغت سن اليأس لا يرغب فيها.

وأما بالزوج؛ فلأنه](٧) تبقى نفقتها عليه إن كانت رجعية، وسكناها بكل حال، ونحن نفسخ النكاح بدون هذه الضرورة الظاهرة، وهذا هو القول القديم.

قال: وفي قدر ذلك، أي في قدر ما يحصل به العلم ببراءة الرحم قبل الاعتداد بالأشهر قولان:

أحدهما: تسعة أشهر؛ لأن الحمل لا يكون في البطن أكثر من ذلك -غالبًا- والمرأة تنقضي عدتها بثلاثة أشهر - غالبًا- فأخذنا بما هو الظاهر والغالب.

واستدل له الشافعي في القديم بأن أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - قضى به بين المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد، فكيف يجوز لنا أن نخالفه؟!

قال: والثاني: أربع سنين؛ لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر.

---

(١) في أ: اليأس.
(٢) في أ: الأهويه.
(٣) في أ: تنعقد.
(٤) في د: عرضت.
(٥) في أ: إضرار.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) سقط في د.

لجاز الاقتصار على حيضة واحدة؛ لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر؛ فوجب أن نعتبر أكثر مدة الحمل لنعلم براءة الرحم بيقين.

وفي المسألة قول آخر مخرج من القديم - على ما حكاه أبو الفرج [الزَّاز-: أن][١] مدة التربص قبل الاعتداد بالأشهر أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر؛ لأنه تظهر أمارات الحمل في هذه المدة وإن لم تلد، وإذا لم تظهر اعتدت بالأشهر.

ثم على الأقوال كلها: لو كان انقطاع دمها بعد مُضِيِّ قرء من العدة، لم تعتد به من المدة، والصحيح من القولين في أصل المسألة: الأول.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني وغيره: أن بعض الأصحاب حكى أنه رجع عما قاله في القديم صريحًا.

وأجيب عن أثر عمر: بأنه محمول على امرأة بقي بينها وبين [سن الإياس][٢] تسعة أشهر.

وعن حصول[٣] الضرر: بأن امرأة المفقود تتضرر أكثر مما تتضرره هذه، وقد كُلِّفت الصبر حتى [يأتيها بيقينٍ][٤] طلاقُهُ أو وفاته؛ كذا قاله القاضي الحسين.

ويمكن أن يفرق بينهما بأمرين:

أحدهما: أن الضرر هاهنا شامل للزوجين من غير تقصير من أحدهما، وفي المفقود الضرر خاص بالزوجة أو بهما، لكن الضرر اللاحق بالزوج من تقصيره، ولا يلزم من اعتقاد ضرر واحد اعتقاد ضررين.

الثاني: أن المفقود في كل وقت يمكن حضوره، وأطماع المرأة تمتد إليه؛ فلا يلحقها كبير ضرر، وهاهنا أطماعها منقطعة؛ فالضرر أشد، ويشهد[٥] لذلك ما ذكر في الإيلاء.

تنبيه: قول الشيخ: «إنها تقعد إلى أن تعلم براءة الرحم»، جارٍ على حقيقته إذا قلنا: إنها تصبر أربع سنين، أما إذا قلنا: تسعة أشهر، فيكون قد أطلق «العلم» وأراد به «الظن»، وذلك جائز من طريق المجاز؛ قال الله - تعالى-: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠] أطلق «العلم» وأراد به «الظن».

---

(١) في أ: البزار.
(٢) في أ: الناس.
(٣) في د: فضل.
(٤) في أ: بانتهاء يقين.
(٥) في أ: يظهر.

فرعان.

أحدهما: إذا رأت الحيض في أثناء[(١)] مدة التربص انتقلت إليه، فلو انقطع ولم يعد استأنفت مدة التربص؛ لتعتد بالشهور. وفي «التتمة»: أنها لا تحتاج إلى استئنافها؛ لأنا[(٢)] على هذا القول لا نعتبر الإياس، وإنما نعتبر ظهور براءة الرحم، وقد ظهرت البراءة، ورؤية الدم تؤكِّد ظن البراءة، والمشهور الأول.

ولو رأت الحيض في أثناء الأشهر انتقلت إليه، فلو انقطع ولم يعد استأنفت مدة التربص والأشهر عند العراقيين، وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنها تبنى على ما مضى من الأشهر.

ولو رأته بعد انقضاء الشهر، وقبل أن تنكح، ولم تعتد - فوجهان: أحدهما: أنها لا يلزمها شيء، والثاني: أنها تستأنف مدة التربص والأشهر. وهذا ما حكاه في «الزوائد» المنصوص.

ولو رأته بعد ما تزوجت فلا أثر لذلك.

قال الرافعي: ويخرج مما في «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه: أنه يتبين[(٣)] بطلان النكاح؛ لأنها إذا حاضت تبين أنها لم تكن من ذوات الشهور.

قلت: وهو قريب مما سنذكره عن القاضي الحسين في الفرع بعده.

[الفرع] الثاني: الآيسة إذا رأت الحيض بعد سن الإياس[(٤)] فالحكم على ما ذكرناه، غير أنه لا يجيء فيه ما حكيناه عن المتولي، والوجه الذي حكيناه عن المراوزة - على ما قاله القاضي الحسين- وفرق بين الصورتين بأن هناك مضت قبل الأشهر مدة تدل على براءة الرحم بعد انقطاع الدم. وحكي أيضًا [في][(٥)] أنها إذا رأت الدم بعدما نكحت خلافًا مرتبًا على الخلاف فيما إذا رأت الدم بعد انقضاء الشهور وقبل النكاح، وهاهنا أولى بألا يبطل، وقرب[(٦)] الأصحاب هذا الخلاف من الخلاف في المعضوب إذا استأجر من يحج عنه، فحج، ثم برئ[(٧)]؛ فإن في إجزائه خلافًا مذكورًا في موضعه.

---

(١) في أ: ابناء.
(٢) في أ: لأبا.
(٣) في أ: نص.
(٤) في أ: اليأس.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: وفرق.
(٧) في د: نوي.

قال: وإن اعتدت الصغيرة بالشهور فحاضت في أثنائها، انتقلت إلى الأطهار؛ لأنها قَدَرَتْ على الأصل قبل الفراغ من البدل؛ فانتقلت إليه؛ كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال التيمم.

ولأن الله - تعالى - جعل لها الاعتداد بالأشهر إذا كانت من اللائي لم يحضن، ولم تكن كذلك في جميع الأشهر؛ فلم تنقض عدتها بالأشهر، وذلك إجماع، قاله ابن الصباغ.

قال: ويُحْتسب بما مضى طهرًا؛ لأنه انتقال من [طهر إلى حيض][(١)]؛ فأشبه ما إذا طلقها وهي طاهر ثم حاضت، وهذا قول ابن سريج[(٢)].

قال: وقيل: لا يحتسب؛ لأنه طهر لم يتصل أحد طرفيه بحيض؛ فلم يعتد به قرءًا؛ كما لو لم يتصل الطرف[(٣)] الأخير به عند الإياس، ولأنها لو اعتدت بقرء، ثم طرأ عليها الإياس - لم يُحْتسب بزمان القرء شهرًا، وتستقبل الأشهر؛ كي لا تكون عدة من جنسين، كذلك حيض الصغيرة لا يوجب احتساب ما مضى من الشهور قرءًا؛ كي لا تجمع في عدة واحدة بين جنسين[(٤)]. وهذا هو ظاهر النص في «المختصر»؛ لأنه قال: واستأنفت[(٥)] الأقراء. وإليه ذهب أبو سعيد الإصطخري وأبو إسحاق.

قال: والأول أصح؛ لما ذكرناه، والآيسة لم يمنع من احتساب زمن قرئها من الأشهر ما ذكرتم، وإنما منع منه كونها تجعل الأصل بدلًا عن الفرع؛ فإن الأصل هو الأقراء، والأشهر بدل عنها، وهذا المعنى مفقود هاهنا.

وبنى المراوزة هذا الخلاف على الخلاف في حد القرء: هل هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، أو هو الطهر المُحْتَوش بدمين؟ ومقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح القول الثاني، كما هو ظاهر النص.

فرع: لو اعتدت الصغيرة بالشهور، ثم حاضت بعد فراغها - لم يجب الانتقال إلى الأقراء؛ لأنه لو وجب لم يحصل الاعتداد بالأشهر في حقها؛ لأن الغالب في كل صغيرة الانتهاء إلى الأقراء، وبهذا فارقت [الآيسة][(٦)] إذا رأت

---

(١) في أ: حيض إلى طهر.
(٢) في أ: شريج.
(٣) في أ: أطراف.
(٤) في أ: قرا.
(٥) في أ: استأنف.
(٦) سقط في أ.

الحيض بعد الاعتداد بالأشهر على رأيٍ حيث قلنا: إنها تستأنف العدة؛ لندور ذلك.

قال: وإن كانت أمة - فإن كانت حاملًا فعدتها بالحمل؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤]، ولقوله - عليه السلام-: «عِدَّةُ كُلِّ ذَاتِ حَمْلٍ أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا»(١)، ولأن الحمل لا يتبعض؛ فكان كالقطع في السرقة.

قال: وإن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقرأين؛ لأن الآية وإن وردت في الطلاق عامة فقد خصصتها السنة؛ روى عطية عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «تَطْلِيقُ العَبْدِ بِطَلْقَتَيْنِ(٢)، وتَعْتَدُّ الأَمَةُ حَيضَتَينِ»(٣).

---

(١) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره (٢٨/ ١٤٣) من طريق ابن عيينة عن عبد الكريم ابن أبي المخارق يحدث عن أبي بن كعب قال: سألت رسول الله ﷺ عن ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ قال: «أجل كل حامل أن تضع ما في بطنها».
وأعله ابن كثير في تفسيره (٤/ ٣٨٣) فقال: عبد الكريم هذا ضعيف ولم يدرك أبيا.
قلت: ولفظ المصنف ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٢٢٣).

(٢) في أ: تطليقتين، د: طلقتين.

(٣) ذكره الماوردي كما في البدر المنير لابن الملقن (٨/ ٩٩) من حديث عطية عن ابن عمر مرفوعًا، ولفظه: «يطلِّق العبد تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين» ثم قال: وهذا أثبت من حديث عائشة لأن في حديث مظاهر - يعني الذي في إسناد حديثها - من الالتواء.
قلت - أي ابن الملقن-: والآخر قد قيل إنه منقطع - يعني هذا الحديث -ومن العجب أن الغزالي في بسيطه تبعًا للإمام قال: وقد صَحَّ أن رسول الله ﷺ قال: «تعتد الأَمَةُ بحيضتين».
قلت: وقد روي من حديث ابن عمر مرفوعًا بلفظٍ آخر رواه ابن ماجه (١/ ٦٧٢) كتاب الطلاق، باب: في طلاق الأمة وعدتها، برقم (٢٠٧٩)، والدارقطني (٤/ ٣٨) كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٦٩) كتاب الرجعة، باب: ما جاء في عدد طلاق العبد، من طريق عمر بن شبيب المسلي عن عبد الله بن عيسى عن عطية عن ابن عمر قال: قال ﷺ: «طلاق الأَمة اثنتان وعدتها حيضتان».
قال الدارقطني في سننه (٨/ ٣٩): هذا الحديث منكر غير ثابت من وجهين أحدهما أن عطية ضعيف وسالم ونافع أثبت منه وأصح رواية والوجه الآخر أن عمر بن شبيب ضعيف لا يحتج بروايته.
وقال البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٦٩): تفرد به عمر بن شبيب مرفوعًا وكان ضعيفًا والصحيح ما رواه سالم ونافع عن ابن عمر موقوفًا أنه قال: إذا طلَّق العبدُ امرأته طلقتين فقد حَرُمَتْ عليه حتى تنكح زوجًا غيره حُرَّةً كانت أو أَمَة وعدة الحرة ثلاثُ حِيَض، وعدة الأمة حيضتان.
قلت: أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٧٤) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق العبد، برقم (٥٠).
وحديث عائشة السالف في كلام الماوردي أخرجه أبو داود (١/ ٦٦٤) كتاب الطلاق، باب: في سنة طلاق العبد، برقم (٢١٨٩)، والترمذي (٣/ ٤٨٨) كتاب الطلاق، باب: أن طلاق الأمة تطليقتان، =

وذكر الحيض؛ لأنه لا يعرف استكمال الطهر إلا به.

وروى مظاهر بن أسلم عن القاسم[(١)] بن محمد، عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «طَلَاقُ الأَمَةِ طَلْقَتَانِ، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»[(٢)].

قال الماوردي: وحديث ابن عمر أثبت؛ لأن في مُظاهرٍ التواء.

ولأن الأمة على النصف من الحرة في القسم والحد؛ فكذلك هاهنا، إلا أنه لا يمكن أن يجعل قرءًا ونصفًا؛ فكمل النصف قرءًا؛ كما كملنا طلاق العبد كذلك.

ولأن الاستبراء موضوع فيما يجري بحسب التفاضل في المستبرأة؛ ألا ترى أن الأمة في الملك تستبرأ بحيضة واحدة؛ لنقصانها بالرق، وعدم العقد؟! واستبراء الحرة بثلاثة أقراء؛ لكمالها بالحرية والعقد؟! ونكاح الأمة منزل بينهما؛ لأنها قد ساوت الحرة في العقد وساوت الأمة في الرق؟! فوجب أن تكون بين منزلتيهما.

قال: وإن كانت من ذوات الشهور - أي: كما ذكرنا - ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: ثلاثة أشهر؛ لعموم قوله - تعالى-: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]، ولأنه أقل زمان يظهر فيه استبراء الرحم؛ قال - عليه السلام-: «يَكُونُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً، ثُمَّ أَرْبَعِينَ يَوْمًا عَلَقَةً، ثُمَّ أَرْبَعِينَ يَوْمًا مُضْغَةً»، [وهو في حال المضغة][(٣)] يتخلق ويتصور وتظهر أماراته في الحركة وغلظ الجوف، وذلك عند انقضاء الشهر الثالث.

وهذا القول هو الصحيح عند المحاملي، واختاره الروياني، وقال القاضي الحسين: ربما يُخرَّج من أحد قولي الشافعي في المستولدة إذا عتقت: أنها تعتد بثلاثة أشهر، وعلى ذلك جرى الإمام وصاحب «التهذيب» تصريحًا بالتخريج.

= برقم (١١٨٢)، وابن ماجه (١/ ٦٧٢) كتاب الطلاق، باب: في طلاق الأمة وعدتها، برقم (٢٠٨٠) من طريق مظاهر بن أسلم عن القاسم عن عائشة مرفوعًا، بلفظ: طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان، ولفظ الترمذي: طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان.

قال أبو داود: هذا حديث مجهول.

وقال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث مظاهر بن أسلم ومظاهر لا نعرف له في العلم غَيْرَ هذا الحديث.

قال البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٢٦): هذا حديث تفرد به مظاهر بن أسلم وهو رجل مجهول يعرف بهذا الحديث، والصحيح عن القاسم بن محمد أنه سئل عن عدة الأمة فقال: الناس يقولون: حيضتان. ا هـ.

(١) في أ: القسم. (٢) تقدم تخريجه. (٣) سقط في أ.

قال: والثاني: شهران، بدلًا عن قرأين؛ كما كانت الأشهر الثلاثة في حق الحرة بدلًا عن ثلاثة أقراء وقد روي عن عمر أنه قال: «تعتد الأمة بحيضتين؛ فإن لم تحض فبشهرين[1]، أو شهر ونصف»[2]، فمنهم من قال: هو شك من الراوي، ومنهم من قال: هو ترديد قول من عمر، وهو ظاهر الرواية. قال الإمام وغيره: وهو شاهد بيِّنٌ في أن ترديد القول ليس بدعًا.

قال: والثالث: شهر ونصف؛ ليجري ذلك على الصحة؛ كالعدة من الموت، وهذا هو الأقيس عند الماوردي والروياني، وظاهر المذهب على ما حكاه الروياني، وقال: إن عليه جمهور أهل خراسان من أصحابنا.

وحكم المكاتبة وأم الولد فيما ذكرناه حكم القنة، وكذا من بعضها حر وبعضها رقيق، والله أعلم.

قال: وإن[3] **أعتقت في أثناء العدة**، أي: وكان الزوج حرًّا أو عبدًا، ولم يفسخ النكاح:

فإن كانت رجعية أتمت عدة حرة، وهذا هو الجديد، وأحد قولي القديم، ومقابله: أنها تتم عدة أمة.

وإن كانت بائنة[4] ففيه قولان، أي: مذكوران في الجديد - والمذكور منهما في القديم: أنها تتم عدة أمة.

وقد تحصل من مجموعهما[5] ثلاثة أقوال:

أحدها - وهو اختيار المزني، والأصح عند المحاملي وصاحب «الحلية»، وغيرهما-: أنها تتم عدة حرة؛ لأن ما اختلفت[6] به العدة، المعتبر فيه [الانتهاء دون الابتداء؛ كالشهور والأقراء، ولأن الاحتياط للعدة][7] أولى من الاحتياط للمعتدة المستريبة[8].

الثاني[9]: أنها تعتد عدة الإماء؛ لأن الاستبراء في الرق لا يتغير[10] بحدوث

---

(١) في د: فشهران.
(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٢٢١) برقم (١٢٨٧٢).
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) في د: آيسة.
(٥) في أ: مجموعها.
(٦) في أ: اختلف.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: كالمستبرئة.
(٩) في أ: الثانية.
(١٠) في د: يعتبر.

العتق؛ كأم الولد؛ فكذلك هنا.

ولأن ما يتبعض المعتبر فيه حال الوجوب؛ بدليل الحدوث[١].

الثالث - وهو الأصح عند القاضي الحسين، والبغوي وجماعة-: أنها تتم عدة حرة في الطلاق الرجعي، وعدة أمة في الطلاق البائن؛ لأن البائن كالأجنبية؛ لقطع الميراث، وسقوط النفقة؛ والرجعية كالزوجة؛ لاستحقاق التوارث، ووجوب النفقة؛ فافترقتا في العدة لافتراقهما في الزوجية، ولأن الرجعية لما انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، ولم تنتقل إليها البائن - وجب أن تنتقل الرجعية من عدة الإماء إلى عدة الحرائر، ولا تنتقل إليها البائن.

أما إذا [اختارت الفسخ، فهذا ينبنى على أنها هل تبني على العدة أو تستأنف؟ وفيه وجهان، وعن أبي إسحاق القطع بأنها تبني.

ويجري الخلاف فيما إذا][٢] أخرت الفسخ حتى راجعها الزوج، ثم فسخت قبل الدخول، قال في «التتمة»: والمذهب: أنها تستأنف؛ لأنها فسخت وهي زوجة، وهذا ما حكاه البندنيجي طريقة قاطعة، ووجهها بأن الفسخ من غير جنس الطلاق.

وهو جارٍ في المسألة الأولى، وسنذكره من بعد[٣].

فإن قلنا: تستأنف، فتستأنف عدة الحرائر، وإن قلنا: تبني، فتكمل عدة الحرائر، أو تقتصر على عدة الإماء؟ فيه الخلاف السابق، وعن أبي إسحاق القطع بأنها تكمل عدة الحرائر.

واعلم أن الذي يوجد في النسخ: «وإن كانت بائنة»، كما ذكرناه، وهو المضبوط عن نسخة المصنف، وهي لغة، والأفصح بائن.

فرع: لو حصل العتق والطلاق معًا، اعتدت عدة الحرائر وجهًا واحدًا، وذلك يتصور بأن يعلق السيد عتقها والزوج طلاقها على شيء واحد[٤]، وبأن يقول

---

(١) في د: الحدود.

(٢) ما بين المعقوفين سقط في د.

(٣) في أ: بعده.

(٤) قوله: فرع: لو حصل العتق والطلاق معًا اعتدت عدة الحرائر وجهًا واحدًا، وذلك يتصور بأن يعلق السيد عتقها والزوج طلاقها على شيء واحد... إلى آخر كلامه.
وما اقتضاه كلامه - رحمه الله - من نفي الخلاف ليس كذلك، بل في اعتدادها بعدة الحرائر أو الإماء عند وجود سبب العتق والعدة معًا خلاف مشهور، وقد حكاه المصنف في آخر باب الاستبراء، فقال =

الزوج: إذا عَتَقْتِ فأنت طالق، بأن يقول السيد: إذا طلقت فأنت حرة، كذا قاله الماوردي.

قلت: وفي المثالين الأخيرين[١] نظر إذا فرعنا على أن المعلق يترتب في الوقوع على وجود الصفة؛ كما اقتضاه تفريع الشيخ أبي حامد فيما حكيناه من قبل؛ لأنه يلزم تقدم الطلاق على العتق؛ [والعتق على الطلاق، وإذا كان كذلك يظهر أن يكون الحكم فيما إذا تقدم الطلاق على العتق،][٢] كما تقدم، والله أعلم.

قال: ومن وطئت بشبهة - أي: شبهة نكاح - وجب عليها عدة المطلقة، أي: فإن كانت حرة وظنها الواطئ زوجته الحرة اعتدت بثلاثة أقراء، وإن كانت أمة فظنها الواطئ زوجته الأمة اعتدت بقرأين؛ لأن الوطء بالشبهة كالوطء في النكاح الصحيح بالنسبة إلى النَّسَب؛ فكان مثله في إيجاب العدة، وفيه وجه: أنه إذا وطئ الأمة ظانًّا [أنها زوجته الأمة لا يلزمها إلا قرء واحد؛ نظرًا إلى حالها، حكاه المتولي والماوردي، ولو وطئ حرة ظانًّا أنها زوجته الأمة أو أمة ظانًّا][٣] أنها زوجته الحرة، فهل تعتد كل واحدة منهما بقرأين أو بثلاثة أقراء؟ فيه وجهان وفي «التتمة» و«الحاوي» حكاية وجه ثالث في الأخيرة: أنها تعتد بقرء واحد.

[أما لو كانت الشبهة شبهة ملك يمين بأن وطئ حرة أو أمة ظانًّا أنها أمته - ففي «التتمة» في الصورة الثانية: يلزمها أن تعتد بقرء واحد][٤]، وفي الأولى وجهان:

أحدهما: تعتد بثلاثة أقراء، وهو ما قطع به قاطعون.

والثاني: تعتد بقرء واحد.

وحاصل ما ذكره المتولي في المسائل كلها من الخلاف يرجع إلى أن الاعتبار بحالها أو بظنه، والله أعلم.

= فيما إذا مات سيد الأمة وزوجها: إن فيه أحوالًا، ثم قال: الثالثة أن يموتا معًا فلا استبراء على الصحيح، وتجب عليها عدة الحرائر على الصحيح عند البغوي، وهو موافق لما حكيته عن الماوردي فيما إذا وقع الطلاق والعتق معًا - أنها تعتد عدة الحرائر وجهًا واحدًا، وعند الغزالي: عدة الإماء تفريعًا على أنها إذا عتقت في أثناء العدة تتم عدة أمة، أما إذا قلنا: عدة حرة فهاهنا أولى. هذا كلامه. [أ و].

(١) في أ: الآخرين.
(٢) سقط في أ.
(٣) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

فرع: **المعتدة عن وطء الشبهة إذا أراد الواطئ نكاحها في عدته جاز.**

وحكى الجيلي عن بعض أصحابنا: أنه لا يجوز. وهو موافق لما سنذكره من مذهب المزني في المختلعة.

قال: ومن مات[١] **زوجها وهي حامل، اعتدت بوضع**[٢] **الحمل، أي حرة كانت أو أمة؛ لما روى سعيد بن المسيب عن أبي بن كعب قال: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، هَذِهِ الآيَةُ مُشْتَرَكَةٌ؟ قَالَ: «أَيُّ آيَةٍ»؟ قُلْتُ**[٣] ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] **المُطَلَّقَةُ وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا؟ قَالَ: «نَعَمْ»**[٤] **. وقد روى الشافعي: أن سبيعة الأسلمية وضعت حملها بعد قتل زوجها بنحو من نصف شهر؛ فقال لها رسول الله ﷺ: «قَدْ حَلَلْتِ؛ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ»**[٥].

قيل: وكانت هذه القصة[٦] بعد حجة الوداع التي لم يعش رسول الله ﷺ بعدها إلا شهورًا؛ على ما رواه الماوردي. ولفظ مسلم في حديث سبيعة: «أَنَّهَا وَلَدَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ»[٧]، وقال البخاري: «بِأَرْبَعِينَ لَيْلَةً»[٨] .

ثم المعتبر في انفصال الحمل وصفته ما ذكرناه من قبل.

قال: وإن[٩] **كانت حائلًا، أو حاملًا بحمل لا يجوز أن يكون منه، أي: بأن يكون الزوج عمره دون عشر سنين، ومن في معناه على النعت المذكور في باب ما يلحق**[١٠] **من النسب.**

قال: **اعتدت بأربعة أشهر وعشر، أي: إذا كانت حرة؛ لعموم قوله - تعالى-:**

---

(١) زاد في التنبيه: عنها.

(٢) في التنبيه: بالحمل.

(٣) في أ: هب.

(٤) سقط في أ. والحديث أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (١٠/ ٣٣٦٠)، برقم (١٨٩١٦)، والدارقطني (٣/ ٣٠٢) كتاب: النكاح، وذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٢٣٥)، وزاد السيوطي نسبته في الدر المنثور (٨/ ٢٠٣) إلى ابن جرير الطبري.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٨٩) كتاب: الطلاق، باب: عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا، برقم (٨٣)، ومن طريقه الشافعي في مسنده ص (٢٩٩)، وأحمد (٦/ ٣١٩)، والنسائي (٦/ ١٩١) كتاب الطلاق، باب: عدة الحامل المتوفى عنها زوجها.

(٦) في أ: القضيه.

(٧) أخرجه مسلم (٢/ ١١٢٣) كتاب الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، برقم (٥٧/ ١٤٨٥)، وفيه: «أن أم سلمة قالت إن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال».

(٨) أخرجه البخاري (٩/ ٦٥٠) كتاب التفسير، باب: سورة الطلاق، برقم (٤٩٠٩).

(٩) في أ: فأن.

(١٠) في د: به.

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ولا يرد علينا ما إذا كانت حاملًا بحمل يجوز أن يكون منه؛ لأن ذلك خرج بدليل؛ فبقينا فيما عداه على مقتضى الدليل الأول.

وقد استدل الشيخ في «المهذب» على عدة الحائل بالأربعة أشهر(١) والعشر بالآية، وعلى عدة الحامل بحمل لا يجوز أن يكون من المتوفى: بأنه حمل لا يجوز أن يكون منه [فلم تعتد](٢) به؛ كامرأة(٣) الكبير إذا طلقها، وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد.

وما قاله فيه نظر من حيث إن المنقول عن أصحاب أبي حنيفة - على ما حكاه الإمام والقاضي الحسين-: أن العدة تنقضي عندهم في الصورة المقيس عليها بوضع الحمل، وأبو حنيفة هو المخالف في انقضاء عدة الوفاة به؛ فكيف يحسن القياس عليه؟! نعم، حكى الماوردي(٤) عنه: أنه وافقنا على أن الحمل لو ظهر بعد وفاة الصبي لا تعتد(٥) به عنه،بخلاف ما إذا ظهر قبل وفاته،فنقول: ولد لا يمكن أن يكون منه؛ فلم يقع الاعتداد به؛ كما لو ظهر بعد موته.

واعلم أن إطلاق الشيخ القول بأن الحائل تعتد بأربعة أشهر وعشر، يعرفك أنه لا فرق في ذلك بين أن تكون من ذوات الأشهر أو من ذوات الأقراء، ولا بين أن تكون الوفاة بعد الدخول أو قبله؛ كما دل عليه إطلاق الآية، مع العلم بأن حال الزوجات في ذلك مختلف، وعدم التفصيل بين المدخول بها وغيرها، بخلاف الطلاق؛ فإن الله - تعالى - فصل فيه بين أن تكون المطلقة مدخولًا بها أو غير مدخول بها، ولا يمكن إلحاق عدة الوفاة بعدة(٦) الطلاق؛ لأمور(٧):

منها: أن عدة الوفاة لو شرط فيها الدخول لم يؤمن أن تنكره؛ حرصًا على الأزواج مع عدم المنازع، وفي الطلاق صاحب الحق ينازع؛ فلا تتجاسر على الإنكار.

ومنها: أن فرقة الموت(٨) لا اختيار فيها؛ فأمرت بالتفجع وإظهار الحزن لفراق

---

(١) في أ: بالأشهر.
(٢) في أ: لم يعتد.
(٣) في أ: كالمرأة.
(٤) في أ: الواردي.
(٥) في د: يعتد.
(٦) ي أ: بعد.
(٧) في أ: بأمور.
(٨) في د: الميت.

الزوج؛ ولذلك وجب فيه الإحداد، وفرقة الطلاق تتعلق باختيار المطلِّق؛ فلم يكن عليها إظهار التفجع والحزن.

ومنها: أن المقصود الأعظم في عدة الطلاق: تعرف براءة الرحم؛ فلذلك اعتبرت الأقراء، وفي عدة الوفاة المقصود الأعظم: حق الزوج ورعاية حرمة النكاح؛ ولذلك اعتدت بالشهور التي لا تقوى دلالتها على البراءة، وأبدى القاضي الحسين في ذلك معنى آخر، وهو: أن الشرع جعل الموت في تقدير المهر بمنزلة الدخول؛ لكون النكاح يقصد به الدوام مدة العمر، والوطء في الحياة يدل عليه تقرُّر المهر بكل واحد منهما من الوطء أو الموت؛ فإذا مات قبل الدخول فقد اتصل بالمقصود لما استغرق مدة العمر، واستعقب الأثر وهو العدة، وإذا طلقها قبل الدخول لم يفض إلى مقصود ما؛ فلم يعقب أثرًا، نظيره: لما دخل بها ثم طلقها، لما اتصل بالمقصود أعقب الأثر.

تنبيه: المراد بالعشر في الآية، وفي الكتاب: عشر ليال بأيامها، وغلب التأنيث؛ من حيث إنه لم يأت فيها بالهاء الدالة على التذكير؛ لأن العرب تغلب التأنيث في اسم العدد إذا أرادت الليالي والأيام؛ فتقول: سرت عشرًا، وهي تريد الليالي والأيام، وقد نطق الشافعي بمثل ذلك في أشهر الحج؛ حيث قال: أشهر الحج: شوال، وذو القعدة، وتسع من ذي الحجة وليلة.

[تنبيه] آخر: الحامل بحمل لا يجوز أن يكون منه متى يعتبر ابتداء المدة في حقها؟ ينظر: إن كان الحمل من وطء شبهة أو نكاح فاسد، اعتبرت[1] من حين الوضع وإن كان من زنى، اعتبرت أربعة من حين الوفاة كالحائل. ثم ينظر: إن كانت الوفاة مع آخر جزء من شهر، اعتبرنا أربعة أشهر بالأهلة، وعشرة أيام بعدها. وإن كانت في أثناء الشهر: فإن كان قد بقي منه عشرة أيام بلياليها لا غير، اعتبرنا بعد العشر[2] أربعة أشهر بالأهلة أيضًا، وكذلك إن كان قد بقي من الشهر أقل من عشرة أيام اعتبرنا بعده أربعة أشهر بالأهلة، ثم تكمل العشر من الشهر السادس. فإن كان الباقي من شهر الوفاة أكثر من العشر، اعتبرنا بعده ثلاثة أشهر بالأهلة، ثم تكمل الشهر الرابع من الخامس، وتلي ذلك بالعشر، هكذا قاله

---

(١) في د: اعتبرنا.
(٢) في د: العدة.

الرافعي، ولم يعتبر الماوردي وابن الصباغ أربعة أشهر بالأهلة إلا في الصورة الأولى، وفيما عداها اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة وشهرًا بالعدد. وحكى بعض أصحابنا وجهًا: أنه متى انكسر شهر منها واعتبرنا بالعدد، اعتبرنا الجميع بالعدد، وقد تقدم له نظائر.

ولو كانت المرأة محبوسة لا تعرف الهلال اعتبرت[1] بمائة وثلاثين يومًا.

قال: وإن كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال.

أطلق الشيخ - رحمه الله - «الليالي» هاهنا وفي «المهذب»، وأراد: الليالي بأيامها، وكذلك الماوردي والقاضي الحسين والمسعودي؛ اتباعًا لعادة العرب؛ فإنها تطلق «الأيام» وتريد: بلياليها، وتطلق «الليالي» وتريد: بأيامها، وقد حكى ذلك عنهم الماوردي عند الكلام في المسألة قبل هذه، وبهذا يندفع كلام من قال: إن قول الشيخ: «وخمس ليال» غلط، وإن صوابه: خمسة أيام بلياليها.

على أن ما ذكرناه يظهر مما قررناه في عدة الحرة.

وإنما قلنا: إن الأمة تعتد بشهرين وخمس ليال؛ لأن العدة أمر ذو عدد ينبني على المفاضلة؛ فوجب ألا تساوي الحرة فيه الأمة، وتكون على النصف منها مع إمكان تنصيفه؛ كالحدود، وهذا هو المشهور في أكثر الكتب.

وفي «الزوائد» للعمراني حكاية قول آخر عن أبي حامد: أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر؛ لأن الولد يكون نطفة أربعين يومًا، وعلقة أربعين يومًا، ومضغة أربعين يومًا، ثم ينفخ فيه الروح ويتحرك؛ فاعتبر أن تعتد المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشر؛ ليتبين الحمل بذلك، ويتحرك، وهذا لا تختلف فيه الحرة والأمة.

وما حكاه كلامُ البندنيجي يدل عليه أيضًا؛ فإنه قال: «عدة الوفاة واجبة بوفاة الزوج، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، حرة أو أمة، مسلمة أو مشركة، مدخولًا بها أو غير مدخول بها، ثم لا تخلو[2] من أمرين: إما أن تكون حاملًا أو حائلًا [، فإن كانت حاملًا فعدتها أن تضع حملها، وإن كانت حائلا][3] فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام».

قال: وإن طلق امرأته طلقة رجعية، ثم توفي عنها، انتقلت إلى عدة الوفاة؛

---

(١) في أ: اعتدت.
(٢) في أ: يلحق.
(٣) سقط في أ.

لما روى جابر أن حبان بن منقذ طلق امرأته، ومات قبل أن تحيض الثالثة؛ فورَّثها عثمان، واعتدت عدة الوفاة من زوجها.

ولأن النكاح في الرجعية قائم؛ لما ذكرناه في الرجعة[١]، وإنما حصلت البينونة بالموت، والطلاق المتقدم موجود؛ فاجتمع ما يوجب عدة الطلاق وما يوجب عدة الوفاة، وهو: حصول البينونة بالموت، ولا سبيل إلى وجوبهما؛ إذ لا يجوز أن تكون معتدة من واحد عدتين؛ فقدمنا عدة الوفاة لتأكدها؛ فإنها تجب قبل الدخول وبعده، وعدة الطلاق لا تجب قبل الدخول.

ثم بقية عدة الطلاق هل تسقط، أو نقول: دخلت في عدة الوفاة؟

قال الرافعي قبل القسم الثاني من كتاب العدة: إنها تسقط بلا خلاف.

وحكى مجلي فيها خلافًا عن الأصحاب، وأن منشأه تباين جنس العدتين، وتظهر فائدة الانتقال في سقوط النفقة، وفي وجوب الإحداد، وقصر المدة وطولها، والمطلقة طلاقًا بائنًا لا تنتقل إلى عدة الوفاة وإن كان في المرض، وقلنا: إنها ترثه؛ لأن البينونة حاصلة قبل الموت.

قال: وإن طلق إحدى امرأتيه، أي: ثلاثًا بعد الدخول، ومات قبل أن يبين - وجب على كل واحدة منهما أطول العدتين من الأقراء أو الأشهر، أي: إذا كانتا من ذوات الأقراء؛ لأن كل واحدة قد وجبت[٢] عليها عدة، واشتبهت عليها بعدة أخرى؛ فوجب أن تأتي بهما؛ لتخرج عما عليها بيقين؛ كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين، يجب عليه أن يقضيهما؛ ليخرج عما عليه بيقين.

ثم ابتداء الأشهر يكون من وقت الموت، وابتداء الأقراء يكون من حين الطلاق على الأصح؛ بناء على أنها تعتد من حين [الطلاق.

أما إذا قلنا: إنها تعتد من حين البيان، فهاهنا تعتبر الأقراء من حين][٣] الموت، وقد صرح بهذا الوجه في «البحر» [لكن][٤] من غير بناء.

أما إذا كان الطلاق رجعيًّا وجب على كل واحدة منهما عدة الوفاة، لا غير، وكذلك لو كان الطلاق قبل الدخول، أو كانتا من ذوات الأشهر، أو من ذوات الأقراء، وقد مضت ثلاثة أقراء قبل الموت.

---

(١) في د: الرجعية.
(٢) في أ: وجب.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.

ولو كانتا من ذوات الحمل اعتدتا بوضعه، وإن كانت إحداهما[١] مخالفة للأخرى، اعتدت كل واحدة منهما بما يلزمها لو كانتا متفقتين.

واعلم أن قول الشيخ: «ومات قبل أن يبيِّن» يعرفك أن المسألة مفروضة فيما إذا كان الطلاق معينًا في نفس الأمر، كما صرح به الماوردي وغيره؛ لأن البيان يكون لما وقع في نفس الأمر معينًا، والتعيين يكون لما وقع في نفس الأمر مبهمًا.

أما إذا كان الطلاق مبهمًا، فإنه ينبني على أن الطلاق يقع من حين الطلاق أو من حين التعيين؛ فإن قلنا: من حين الطلاق، فالحكم كما تقدم، وإن قلنا: من حين التعيين، فيعتبر ابتداء الأقراء والأشهر من حين الموت.

وحكي عن تعليق الشيخ أبي حامد أن كل واحدة منهما تعتد عدة الوفاة لا غير؛ لأنا نفرع على أن الطلاق يقع بالتعيين، فإذا لم يعين فكأنه لم يطلق، وهذا مشابه لما حكيته عن الفوراني ثَمَّ.

فرع: لو أسلم وثنيٌّ ومعه ثمان نسوة، فمات قبل أن يختار - وجب على كل واحدة منهن الاعتداد بأكثر الأمرين، وفي ابتداء الأقراء وجهان:

أحدهما: من حين الموت.

والثاني: من حين أسلم الأول منهم.

واعلم أن الأصحاب تكلموا في هذه المسألة، ولم يتعرضوا لبنائها[٢] على أن الوارث هل يقوم مقام الموروث في البيان أم لا، وكان لا يبعد بناؤها عليه.

قال: ومن فقدت[٣] **زوجها، وانقطع عنها خبره** - أي: حتى تتوهم، أو تظن[٤] أنه قد مات مثل: أن غاب وعادت رفقته، ولم يعرفوا حاله، أو كان في حرب الكفار، وانقضت الحرب، ولم يعرفوا حاله، أو غاب، ومضت مدة يعرف فيها في مجرى العادة خبر من سافر هذا السفر، ولم يعرف خبره - ففيه قولان:

أحدهما: أنها تكون على الزوجية إلى أن يتحقق الموت؛ لما روى عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال: «امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينُ مَوتِهِ أَوْ

(١) في أ: إحديهما.
(٢) في د: لبيانها.
(٣) في أ: فقد.
(٤) في د: يتوهم.

طَلَاقِهِ»[١]، وروي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال: «امْرَأَةُ المفْقُودِ لَا تَتَزَوَّجُ»[٢].

ولأنه[٣] إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله وعِتْق أم ولده، فكذلك في زوجته، وهذا هو الجديد.

والثاني: أنها تصبر أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة، وهذا هو القديم؛ اتباعًا لعمر - رضي الله عنه - فإنه قضى به، واشتهر من غير إنكار من الصحابة.

ولأن للمرأة الخروج من النكاح بالجَبِّ والعُنَّة؛ لفوات الاستمتاع، وبالإعسار بالنفقة؛ لفوات المال[٤]؛ فَلَأَنْ يجوز هاهنا، وقد اجتمع الضرران، كان أولى.

هكذا علل به الأصحاب، ومقتضاه: أن المرأة إذا لم تكن عادمة للنفقة لا يأتي هذا القول، وقد صرح به بعضهم، وبعضهم طرده وإن كانت واجدة للنفقة.

فإن قيل: أجريتم على الطريقة الأولى الخلاف وإن كانت عادمة للنفقة، والصحيح منه القول الأول، وربما ادعى بعضهم أن القول الثاني مرجوع عنه، وعليه جرى الغزالي في «الوسيط»، وعندكم أن للمرأة الفسخ بتعذر النفقة على الصحيح؛ فكيف يكون انقطاع الخبر مانعًا من الفسخ، مع أن فيه زيادة ضرر تقتضي التسليط على الفسخ؟!

فالجواب: أن الفسخ بسبب تعذر النفقة شرطه الإعسار، وإذا كان مفقودًا لم يتحقق، وعلى تقدير ألا يكون الإعسار شرطًا على أحد الوجهين فهو فسخ

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٣١٢) كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٤٥) كتاب العدد، باب: من قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته.
بلفظ: «حتى يأتيها الخبر»، ولفظ البيهقي: «حتى يأتيها البيان».
قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل(١/ ٤٣١): سألت أبي عن حديث أخرجه سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله ﷺ في امرأة المفقود: «هي امرأته حتى يأتيها البيان»؟ فقال أبي: هذا حديث منكر. ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير أباطيل.اهـ.
قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٣): «حديث ضعيف، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني، وأعله بمحمد بن شرحبيل، وقال: إنه متروك. قال ابن القطان في كتابه: وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه، ودونه صالح بن مالك، ولا يعرف، ودونه محمد بن الفضل، ولا يعرف حاله. انتهى» .اهـ.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٤٤).
(٣) في أ: وإنه. (٤) في د: الملك.

للنكاح تتعاطاه المرأة أو القاضي - على ما سيأتي بيانه - ولا شك أنها لو رامت[١] ذلك هاهنا تفريعًا على ذلك لقدرت عليه، والخلاف في مسألة المفقود في أنا هل نحكم بالفرقة بانتهاء النكاح أم لا؟ والمأخذان مختلفان؛ فلا إشكال إذن.

وما ذكره الشيخ في «المهذب» من أن لها أن تفسخ النكاح على القديم محمول على تعاطي أسبابه، وكلامه - من بعد - يعرفك أنه ليس على ظاهره، والله أعلم.

ثم مدة الصبر يكون ابتداؤها من حين ضرب القاضي، أو يكون ابتداؤها من حين انقطاع خبره؟ فيه وجهان، ويقال: قولان، قال الرافعي: وإيراد كثير من الأئمة يشعر بترجيح الأول، وادعى البندنيجي أنه ظاهرُ قولِهِ في القديم، ومنهم من رجح الثاني، ومنهم صاحب «التهذيب»، وهو اختيار القفال.

فإن اعتبرنا القول الثاني فلا بد بعد انقضاء المدة من قضاء القاضي بوفاته، وحصول الفرقة.

وإن اعتبرنا القول الأول فهل نحتاج إلى ذلك، أو يكون حكم الحاكم بضرب المدة حكمًا بالوفاة بعد انقضائها؟ فيه وجهان: أظهرهما الأول، واستدل له مجلي بأنها لو رضيت بالصبر بعد انقضاء العدة لجاز ذلك.

قال: ثم تحل للأزواج في الظاهر؛ لأن ذلك ثمرة الفسخ، وهل تحل في الباطن؟ فيه قولان، أي ينبنيان[٢] على [أن الفسخ يحصل باطنًا كما يحصل في الظاهر، أم لا؟ وفيه قولان:

أحدهما:][٣] أنه لا ينفسخ في الباطن؛ لأن عمر لما عاد المفقود مكنه من أن يأخذ زوجته، ولو وقع الفسخ باطنًا لم يمكنه منها إلا بتجديد عقد. فعلى [هذا][٤]: لو عاد المفقود سلمت إليه كما فعل عمر.

والثاني: نعم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه، فانفسخ[٥] في الباطن والظاهر؛ كالفسخ بالعنة والإعسار، وهذا ما ادعى الجيلي أنه الأصح؛ فعلى هذا: لو عاد المفقود لم تسلم إليه، وكأن الشافعي - على هذا القول - أخَذَ بأصل قول عمر، وخالفه في

---

(١) في أ: رأت.
(٢) في أ: يتميتان.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فا يفسخ.

التفاصيل؛ لبعد مذهبه فيها عن القياس.

وقد جزم أَبَوَا علي؛ ابن أبي هريرة والطبريُّ بهذا، [ولم][(١)] يبنياه على القولين، بل قالا: إن الحاكم إنما حكم بوفاته بالاجتهاد، وإذا بان حيًّا تيقن الخطأ في اجتهاده فينقضه؛ كما لو حكم باجتهاده، ثم وجد نصًّا[(٢)] بخلافه، وهذا أصح عند القاضي الروياني.

وحكي عن أبي إسحاق أنه إن رجع بعدما نكحت لم ترد إليه [وإن كان قبل أن تنكح ردت إليه][(٣)]، وحكاه القاضي الحسين وجهًا، ولم يعزه إليه، وكذلك ابن الصباغ، وزاد فقال: إن قائله لم يبنه على القولين.

وحكى عن نص الشافعي طريقة أخرى: أن المفقود بالخيار بين أن ينتزعها من الثاني، وبين أن يتركها ويأخذ مهر المثل منه، وهذا ما حكاه في «التهذيب»، ومستنده: أن عمر كذلك قضى.

وعن القاضي الحسين زيادة فيها، وهو أنه إن فسخ غرم للثاني مهر مثلها.

وحكى الرافعي طريقة أخرى، وهي أن ذلك النكاح ارتفع بما جرى قولًا واحدًا، ولكن إذا ظهر المفقود هل يحكم ببطلان الثاني؟ فيه وجهان، أظهرهما: المنع، وللمفقود الخيار؛ كما ذكرنا.

فإذا قلنا ببطلان النكاح الثاني فكيف نقول: وقع صحيحًا، ثم إذا ظهر المفقود، بطل، أو نقول: يتبين بظهور المفقود أنه وقع باطلًا؟ فيه وجهان:

فعلى الثاني: يجب مهر المثل إن جرى دخول، وإلا لم يجب.

وعلى الأول: الواجب: المسمى، أو نصفه.

وإذا ماتت المرأة، ثم ظهر المفقود بعد ما نكحت - ورثها الأول أو الثاني؟ يخرج على هذه الطرق.

واعلم أنه يتفرع على القولين مسائل:

منها: لو حكم حاكم بالفرقة؛ بناءً على القديم: فهل ينقض حكمه عند المفرِّع على الجديد؟ فيه وجهان، أظهرهما[(٤)] - وهو الذي نسبه القاضي الحسين هنا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: قضاء.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: أحدهما.

والغزالي في أدب القضاء إلى النص-: أنه ينقض.

ومنها : إذا نكحت، ثم بان أن المفقود كان ميتًا وقت الحكم بالفرقة: فإن فرعنا على القديم فنكاح الجديد صحيح؛ إذ الفرقة - والحالة هذه - تحصل باطنًا وجهًا واحدًا، وإلا فوجهان؛ بناء على وقف العقود.

وأصل الوجهين في وقف العقود القولان فيما إذا كاتب عبده كتابة فاسدة، ثم أوصى به وهو يعتقد صحة الكتابة - ففي صحة الوصية قولان، كذا حكاه البندنيجي.

ولو بان أنه مات بعدما نكحت: فإن قلنا بحصول الفرقة باطنًا فهي زوجة الثاني، وإن قلنا بالجديد، أو أنها لا تحصل باطنًا، فعليها عدة الوفاة عن الأول، ولكن لا تشرع فيها حتى يموت الثاني، أو يفرق بينهما؛ فحينئذ تعتد عن الأول، ثم تعتد عن الثاني بثلاثة أقراء أو أشهر.

ومنها : لو طلق المفقود، أو آلى، أو ظاهر عنها، أو قذفها فإن فرعنا على القديم، وكان بعد الحكم بالفرقة - لم ينفذ إن قلنا بحصول الفرقة في الباطن. وإن كان قبل الحكم، أو قلنا: إن الفسخ لا يحصل في الباطن، أو فرعنا على الجديد- ثبت حكم ذلك.

قال الرافعي: وليكن الحكم بنفوذها على الجديد مفرعًا على أنه ينقض حكم من حكم على موجب القديم.

ومنها : نفقة امرأة المفقود عليه إلى أن يحكم الحاكم بالفرقة، وبعد ذلك لا تجب على القديم، وفي استحقاق السُّكْنَى قولان، قال في «البسيط»: إلا إذا عاد المفقود، وقلنا: لا ينفسخ في الباطن؛ فيحتمل أن يقال: لا نفقة لها إذا كانت ناشزة بقصد الاعتداد، ويجوز ألا تجعل ناشزة بمجرد القصد حتى يتصل به نكاح.

قال مجلي: وأما بعد انقضاء العدة فلم أَرَ للأصحاب فيه شيئًا، ويحتمل على قول منع الفسخ في الباطن إجراء هذين الاحتمالين أيضًا؛ إذ المعنى واحد.

وإن قلنا بالجديد فالنفقة عليه إلى أن تنكح، وإن كان فاسدًا.

وعن القاضي أبي الطيب القطع بأن نفقة مدة العدة عليه؛ على القولين جميعًا؛ كما في مدة التربص، والأظهر الأول.

وإذا فرق بينهما وعاد المفقود، فسلمت إليه - عادت نفقتها، وإن كان الثاني

دخل بها لم يلزم المفقود نفقة زمان العدة.

وإن لم يعد وعادت هي بعد التفريق إلى بيته، ففيه طريقان:

أشهرهما: أن في عود النفقة قولين.

والثاني: تنزيل القولين على حالين: فحيث قال: تعود النفقة، فهو محمول على ما إذا نكحت من غير حكم حاكم؛ لأنها سقطت بفعلها؛ فتعود بفعلها، وحيث قال: لا تعود، فهو محمول على ما إذا نكحت بحكم الحاكم.

والأصح عند الروياني: أنها لا تعود، قال: وينبغي أن يقطع به إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة.

وأما النفقة على الزوج الثاني فلا يخفى حكمها على القديم، وعلى الجديد: لا نفقة لها في زمان الاستفراش إذ لا زوجية[١]، وإن أنفق لم يرجع إلا أن يلزمه الحاكم الإنفاق؛ فيرجع، وفيه وجه: أنه إذا ألزمه رجع على الأول.

وإذا شرعت في عدته فلا نفقة لها أيضًا، إلا أن تكون[٢] حاملًا على أحد القولين.

ومنها: لو نكحت على الصورة المجوزة على القديم، وأتت بولد يمكن أن يكون [من الثاني][٣]، وجاء المفقود، ولم يَدَّعِ الولد - فهو للثاني، وإن ادعاه فوجهان:

أحدهما: يعرض على القائف.

والثاني - وهو الأظهر -: أنه يسأل عن جهة ادعائه، فإن قال: قدمت عليها في خلال المدة وأصبتها، وكان ما يقوله ممكنًا - عرض على القائف. وإن قال: لأن زوجتي ولدته على فراشي، قلنا له: هذه الجهة باطلة.

وفي «البحر»: أن هذين الوجهين أخذا من وجهين قيلا[٤] في [أن][٥] هذه المرأة لو أتت بولد من غير أن تتزوج هل يلحق بالمفقود؟

إن قلنا: نعم، فلا حاجة إلى الاستفصال، وإلا فلا بد منه.

وجزم في «التهذيب» بأنه يلحق بالثاني من غير تفصيل.

فرع: عن القفال: أن زوجة الغائب إذا أخبرها عَدْلٌ بأن زوجها مات، جاز[٦] لها أن تنكح فيما بينها وبين الله تعالى.

---

(١) في أ: زوجته.
(٢) في أ: يكون.
(٣) في أ: منه.
(٤) في أ: قلبهما.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: حل.

قال: ويجب الإحداد في عدة الوفاة[١] .

«الإحداد» و«الحداد»: مأخوذ من «الحد» وهو: المنع؛ لأنها تمنع من الزينة، وما يدعو إلى المباشرة كالطيب ونحوه.

ويقال: أحدت المرأة، تحد إحدادًا، وحدت: بضم الحاء، وكسرها، وحدت تحد حدادا، وهي حاد، ولا يقال: حادة.

والأصل في وجوب الإحداد: ما روى مسلم عن كل من زينب بنت جحش و[أم][٢] حبيبة زوج النبي ﷺ أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ [الْآخِرِ أَنْ] [٣] تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» [٤]، هكذا استدل به بعضهم.

وقال مجلي: هذا الحديث لست أرى فيه دلالة على الوجوب؛ لأنه حرم الإحداد على الإطلاق، ثم [استثنى منه أربعة أشهر وعشرًا، والاستثناء من التحريم إباحة؛ كما أن][٥] استثناء الثلاث من التحريم إباحة.

قال الرافعي: لكن أجمع الأئمة[٦] على أنه أراد الوجوب، وأنه استثنى الواجب من الحرام.

قال القاضي الحسين: ويستدل بهذا الحديث على جواز الاستثناء من غير الجنس، وما قاله الأصحاب يعتضد بما سنذكره من حديث أم سلمة، وبما روى مسلم: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينها، أفتكحلها[٧] ؟ فقال: «لا»، مرتين أو ثلاثًا، كل ذلك يقول: «لا»، ثم قال: «إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ»[٨] انتهى.

ومعنى ترمي بالبعرة: أن المرأة كانت إذا توفي زوجها دخلت حِفْشًا - وهو البيت الصغير - ولبست خشن ثيابها، ولم تمس طيبًا ولا شيئًا حتى تمر بها سنة، ثم تُؤْتَى

---

(١) في التنبيه: المتوفي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٦) في أ: الآية.
(٧) في أ: أفأكحلها.
(٨) أخرجه البخاري (١٠/ ٦٠٧) كتاب الطلاق، باب: تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشرا، برقم (٥٣٣٦)، ومسلم (٢/ ١١٢٤، ١١٢٥) كتاب الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة (١٤٨٨).

بدابة[١] حمار أو شاةٍ أو طيرٍ؛ فتفتضّ [به][٢]، فقلما تفتض بشيء إلا مات، ثم تخرج فتُعْطَى بعرة، فترمي[٣] بها، ثم تراجع ما شاءت من طيب أو غيره.

ولا فرق في وجوب الإحداد بين المسلمة، والذمية إذا كان زوجها مسلمًا أو ذميًا، ولا بين الحرة والأمة، ولا بين المكلفة والصبية والمجنونة، وولي الصبية والمجنونة يمنعها مما تمتنع منه المكلفة.

فإن قيل: فقد خصص رسول الله ﷺ وجوب الإحداد بالمؤمنة بقوله: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ»[٤].

قيل: قد ورد من[٥] غير هذه الزيادة؛ فالاعتماد عليه.

وأيضًا: فإن هذا تعلق بدليل الخطاب، والمخالف لنا في الذمية أبو حنيفة، وهو لا يقول به.

قال: ولا يجب في عدة الرجعية؛ لبقاء أحكام النكاح فيها، وتوقع الرجعة، وهل يستحب؟ الذي رواه أبو ثور عن الشافعي: أنه يستحب، ومن الأصحاب من قال: الأولى أن تتجمل وتتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها.

قال: الموطوءة بشبهة؛ لأن الإحداد لإظهار الحزن على الزوج، وما فات من عصمة النكاح وقد تقدم ذلك في حقها.

وحكم أم الولد إذا توفي سيدها في هذا المعنى حكم الموطوءة بشبهة، وكذلك المعتدة عن نكاح فاسد.

قال الرافعي: وقد يستدل لتحريم الحداد على الموطوءة بشبهة وأم الولد؛ بقوله -عليه السلام-: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ...» الحديث.

قلت: وفي الاستدلال به على تحريمه على الموطوءة بالشبهة نظر؛ فإن الحديث لا تعرض فيه لغير الميت.

قال: وفي المطلقة[٦] البائن - أي: بالخلع، أو باستيفاء العدد - قولان:

أصحهما: أنه لا يجب فيه الإحداد، وهذا هو الجديد؛ لأنها معتدة عن طلاق؛ فأشبهت الرجعية.

---

(١) في أ: ساسا بدايه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: مبرئ.
(٤) تقدم.
(٥) في أ: في.
(٦) في التنبيه: عدة.

وأيضًا: فهي مجفوَّة بالطلاق؛ فلا يليق[١] بها تكلف التفجع، بخلاف المتوفى عنها.

فعلى هذا: يستحب لها الإحداد، وهل يحرم عليها الطيب؟ فيه وجهان؛ لاختصاصه بتحريك الشهوة.

والقول الثاني: [أنه][٢] يجب، وهو القديم؛ لأنها بائن، معتدة عن نكاح؛ فأشبهت المتوفى عنها.

والمفسوخ نكاحها بعيب أو نحوه، في وجوبه عليها طريقان:

أشبههما - وهو ما حكاه أبو حامد-: أنه على القولين.

والثاني: القطع بأنه [لا إ][٣] حداد عليها؛ لأن الفسخ لمعنى فيها، أو هي المباشرة له؛ فلا يليق إظهار التفجع بحالها، وهذا ما صححه القاضي الحسين.

قال: والإحداد، أي: الذي تقدم ذكره: أن تترك الزينة؛ فلا تلبس الحلي لإطلاق الخبر، وهو ما روى أبو داود عن أم سلمة زوج النبي ﷺ عن النبي ﷺ قال: «الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَا تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرَ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا الْمُمَشَّقَةَ ، وَلَا الْحُلِيَّ، وَلَا تَكْتَحِلُ» .

قال [في] المستغرب: الممشق: المصبوغ بالمشْق، وهو: المَغرة. والحلي -بفتح الحاء وإسكان اللام-: لكل ما تتزين به من ذهب أو فضة أو جوهر، ولا شك في أن المتخذ من الذهب أو الفضة يحرم، كما قال.

وقال الإمام: يجوز لها التختم بالخاتم الذي يحل للرجال، وهل يجوز لها التحلي بغير الذهب والفضة؟ ينظر:

في أ: تليق.

سقط في أ.

في أ: به لا.

في أ: الممشق.

أخرجه أبو داود (١/ ٧٠٣) كتاب الطلاق، باب: فيما تجتنب المعتدة في عدتها، برقم (٢٣٠٤)، والنسائي (٦/ ٢٠٣، ٢٠٤) كتاب الطلاق، باب: ما تجتنب الحادَّة من الثياب المصبغة، برقم (٣٥٣٥)، وأحمد (٦/ ٣٠٢)، وابن حبان (١٠/ ١٤٤) برقم (٤٣٠٦)، قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٣/ ٤٧٦، ٤٧٧):

«قال البيهقي: وروي موقوفاً عليها، قلت: هي رواية معمر، عن بديل، عن الحسن بن مسلم، عن صفية بنت شيبة عنها، وقد وصله الطبراني في الكبير من حديثه، والمرفوع رواية إبراهيم بن طهمان، عن بديل، وإبراهيم: ثقة من رجال الصحيحين، فلا يلتفت إلى تضعيف أبي محمد بن حزم له، وإن من ضعفه إنما ضعفه من قبل الإرجاء كما جزم بذلك الدارقطني، وقد قيل: إنه رجع عن الإرجاء».اهـ.

(٦) سقط في أ.

إن كان من اللآلئ فقد أبدى الإمام فيه ترددًا؛ من حيث إنها ليست كالذهب والفضة؛ ولذلك لم تحرم على الرجال، لكن الزينة ظاهرة فيها. قال الرافعي: وهذا أظهر وهو ما جزم به [في][(١)] «الوجيز».

وإن كان [من][(٢)] الصُّفْر والنحاس، فإن كان ذلك مموَّهًا بالذهب أو الفضة، أو مشابهًا لهما، بحيث لا يعرف إلا بعد التأمل- لم يجز، وإلا فإن كانت المعتدة من قوم يتزينون بمثل ذلك لم يجز أيضًا، وإن كانت من قوم لا يتزينون، ولا يتحلَّوْن به، لكنهم يستعملونه لمنفعة يتوهمونها - جاز، هكذا حكى عن[(٣)] «البحر»، وكلام الشيخ لا يأباه.

فرع: حكي عن بعض الأصحاب أنها لو كانت تلبس الحلي ليلًا، وتنزعه نهارًا، جاز، لكنه يكره لغير حاجة، ولو فعلته لإحراز[(٤)] المال لم يكره.

قال: ولا تتطيب، أي: في جميع بدنها، إلا في حال طهرها من الحيض؛ لما روى مسلم، عن أم عطية أن النبي ﷺ قال: «لَا تُحِدُّ امْرَأَةٌ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلَّا ثَوْبَ عَصْبٍ، وَلَا تَكْتَحِلُ، وَلَا تَمَسُّ طِيبًا، إِلَّا إِذَا طَهُرَتْ نُبْذَةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ»[(٥)]، وزاد النسائي: «ولا تمتشط»[(٦)].

والذي يحرم من الطيب هو الذي يحرم على المحرِم، حتى يحرم عليها أكل ما فيه طيب ظاهر.

وقد استوعب ذكر ذلك[(٧)] في الحج.

قال: ولا تختضب؛ لحديث أم سلمة. ولا فرق فيه بين أن يكون بالحناء أو الزعفران أو الورس، ويستوي فيه جميع بدنها على ما حكاه ابن يونس.

وفي «الرافعي»: أن القاضي الروياني قال: لا يمنع منه فيما تحت الثياب.

وكما يحرم عليها الاختضاب يحرم عليها طلاء الوجه بما يقتضي التحسين من الإسفيداج والحمرة وغيرها، وكذا الصبر إذا طلت به البيضاء وجهها، وهذا بخلاف الإثمد؛ فإنه يجوز أن تستعمله في غير الحاجب؛ [فإنه لا تزيين فيه، وفي

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: في.
(٤) في أ: لإجرار.
(٥) تقدم.
(٦) أخرجه النسائي (٦/ ٢٠٢) كتاب الطلاق، باب: ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة.
(٧) في أ: هذا.

الحاجب][1] هو زينة كالعين.

قال: ولا ترجل الشعر، أي: شعر الرأس؛ وكذا شعر اللحية إن كانت لها لحية؛ لحديث النسائي.

ترجيل[2] الشعر: تسريحه بالمشط بدهن أو ماء، والمراد به هاهنا بالدهن؛ لأن به تحصل الزينة.

ولا يجوز لها أيضًا [أن][3] تحفف حاجبيها[4]؛ لأنه نوع زينة.

وأبدى الغزالي في تصفيف الشعر وتجعيده بغير الدهن ترددًا.

ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر؛ إذ لا زينة فيه.

وكذا لا يحرم عليها قَلْم الأظفار، وحلق العانة، بخلاف المحرِم؛ فإنه ممنوع من الترفه، وهذه ممنوعة من التزين.

قال: ولا تكتحل بالإثمد والصبر، أي: وإن لم يكن فيه طيب؛ لعموم قوله ﷺ في حديث أم عطية وأم سلمة: «وَلَا تَكْتَحِلُ»[5]، ولأن فيه زينة.

وعن الماسرجسي حكاية وجه: أنه يجوز الاكتحال بالإثمد [للمرأة السوداء إذا لم يكن فيه طيب؛ لأنه لا يفيدها جمالًا. وروى ما يقرب من هذا عن القفال.

وفي «النهاية»: أن الشافعي نص في بعض المواضع على جواز الاكتحال بالإثمد][6] وأن الأصحاب حملوه على العربيات؛ لأنهن إلى السواد؛ فلا يزينهن الإثمد، وأما البيض فلا يكتحلن به.

وفي «التتمة»: أنه يحرم الاكتحال بالصبر على السوداء دون البيضاء، وهو ما حكاه القاضي الحسين في «التعليق».

والظاهر عند الأكثرين: أنه لا فرق بين البيضاء والسوداء.

تنبيه: الإثمد: هو الكحل الأصفهاني، وهو مكسور[7] الهمزة والميم.

الصبر: بفتح الصاد، وكسر الباء، ويجوز إسكان الباء مع فتح الصاد وكسرها.

وتقييد الشيخ منع الاكتحال بالإثمد والصبر يعرفك أنها لا تمنع من الاكتحال بغيرهما كالتوتياء ونحوها؛ فإنه لا زينة فيه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ترجل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: حاجبها.
(٥) تقدم.
(٦) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٧) في أ: مكسورة.

وفي «البحر» وجه: أن البيضاء تمنع منه حين تتزين به.

قال: فإن احتاجت إليه اكتحلت بالليل، وغسلته بالنهار[١]، أي: إذا لم تدع الضرورة إليه نهارًا.

ووجهه: ما روي عن أم سلمة قالت: «دَخَلَ النبي ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَبُو سَلَمَةَ، وقَدْ جَعَلْتُ في[٢] عَيْنَيَّ صَبِرًا، فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ؟» فَقُلْتُ: إِنَّمَا هُوَ صَبِرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَيْسَ فِيهِ طِيبٌ، فَقَالَ: «إِنَّهُ يَشُبُّ الْوَجْهَ، فَلا تَجْعَلِيهِ إِلا بِاللَّيْلِ، وانتزعيه[٣] بِالنَّهَارِ، وَلا تَمْتَشِطِي بِالطِّيبِ، وَلا بِالْحِنَّاءِ؛ فَإِنَّهُ خِضَابٌ». قُلْتُ: بِأَيِّ [شَيْءٍ][٤] أَمْتَشِطُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «بِالسِّدْرِ تُغَلِّفِينَ بِهِ رَأْسَكِ»[٥]. انتهى.

ومعنى «يشب الوجه»: يحسنه، وهو بشين معجمة، وباء معجمة بواحدة من أسفل.

أما إذا دعت الضرورة إليه بالنهار عُذِرت، قاله الرافعي: ولفظ الغزالي: احتاجت.

واعلم أن في الاستدلال بما ذكر من الحديث نظرًا؛ من حيث إن أبا قاسم[٦] بن أصبغ ذكر أن زينب بنت أم سلمة ابنة النحام[٧] توفي عنها زوجها، فأتت أمها النبي ﷺ فقالت: «إِنَّ ابْنَتِي تَشْتَكِي عَيْنَهَا أَفَأَكْحِلُهَا؟[٨] قَالَ: «لَا». قَالَتْ: إِنِي أَخْشَى أَنْ [تَنْفقِئَ][٩]. قَالَ: «لَا، وَإِنِ انْفَقَأَتْ»[١٠].

وقد قال عبد الحق في «أحكامه الكبرى»: ذكره أبو محمد، وإسناده [صحيح][١١]، وهو يدل على عدم الجواز مطلقًا.

---

(١) في أ: التها.
(٢) في د: على.
(٣) في أ: وتنزعيه.
(٤) سقط في أ.
(٥) أبو داود (١/ ٧٠٣، ٧٠٤) كتاب الطلاق، باب: فيما تجتنب المعتدة في عدتها (٢٣٠٥)، والنسائي (٦/ ٢٠٤، ٢٠٥) كتاب الطلاق،باب: الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر، والطحاوي في مشكل الآثار (٢/ ٤٩)، والبيهقي في السنن (٧/ ٤٤٠،٤٤١) كتاب العدد، باب: المعتدة تضطر إلى الكحل، من طريق المغيرة بن الضحاك يقول: حدثتني أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء، فقالت: لا تكتحل إلاَّ من أمر لا بد منه؛ دخل عليَّ رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبرًا فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ ... الحديث.
(٦) في أ: القسم.
(٧) في أ: النجار.
(٨) في د: افتكحلها.
(٩) في أ: تنفق.
(١٠) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣/ ١٧٥).
(١١) سقط في أ.
(١٢) قوله: إن قاسم بن أصبغ ذكر عن زينب بنت أم سلمة ابنة النحام توفي عنها زوجها، فأتت أمها =

والحديث الأول قال عبد الحق: ليس له إسناد يعرف؛ فلا [يمكن] (١) التخصيص به.

قال: ولا تلبس الأحمر ولا الأزرق الصافي، ولا الأخضر الصافي، ولا الأصفر؛ لعموم قوله - عليه السلام - في حديث أم عطية: «وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلَّا ثَوْبَ عَصْبٍ» (٢)، وقوله - عليه السلام - في حديث أم سلمة الذي رويناه: أولًا: «[لَا](٣) تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرَ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا الْمُمَشَّقَةَ»(٤)، ولأن في ذلك زينة؛ فمنعت منه كالاكتحال.

ولا فرق في ذلك بين ما صبغ غزله ثم نسج، أو صبغ بعد النسج.

وقيل: يجوز الأول، ومنه الديباج المنقش، وتمسك قائله بقوله - عليه السلام - في حديث أم عطية: «إلا ثوب عصب»، والعصب هو: الثوب المصبوغ غزله ثم نسج.

وأجيب عنه: بأنه قد جاء في الحديث: «إلا ثوبًا مغسولًا»؛ فتعارضا، وسقطت الدلالة به.

أو يحمل على ما يجوز لبسه من المصبوغ.

ولا فرق في المصبوغ المحرم بين أن يكون لينًا أو خشنًا على النص.

وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: أنه إذا تفاحشت(٥) خشونته لا يحرم.

ويجوز لها لبس السواد، وهل يجب عليها؟ فيه وجهان، وكذا يجوز لها لبس الأزرق الكدر والمشبع، وكذلك الأخضر؛ لأن المشبع من الأخضر يقارب السواد، ومن الأزرق يقارب الكحلي.

ولا يحرم عليها لبس الثياب التي لم تدخل عليها الزينة، وإن كانت في نفسها زينة من الأصل: كالدَّبِيقي والبندقي، وما يتخذ من القز والخز والحرير(٦).

= النبي ﷺ فقالت: إن ابنتي تشتكي عينها، أفأكحلها؟ قال: لا، قالت: إني أخشى أن تنفقئ عينها، قال: لا وإن انفقأت. رواه عبد الحق في أحكامه الكبرى، وقال: إن إسناده صحيح. انتهى كلامه.
وتعبيره بقوله: ابنة النحام غلط، وصوابه: ابن، أي: بالتذكير على أنه صفة لسلمة، والنحام - بنون مشددة مفتوحة وحاء مهملة مشددة أيضًا، قال الجوهري: يقال: نحم الرجل ينحم بالكسر، فهو نحَّام مأخوذ من النحيم، وهو التنحنح والزحير. [أ و].

(١) سقط في أ.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في أ.
(٤) تقدم.
(٥) في أ: تفاخشنت.
(٦) في أ: الحرس.

وذهب القفال إلى أنه يحرم عليها لبس الإبريسم[(١)] ، وتابعه عليه الإمام ومن تابعه، والمتولي والبغوي، ووجهه بأنه إنما حل لها للزينة؛ فالتحقت في حال الإحداد بالرجال.

فعلى هذا: حكمها في لبس المختلط[(٢)] حكم الرجال.

وأما الثوب المطرز فهل يحرم عليها؟ ينظر: [إن كان الطراز كثيرًا][(٣)] حرم، وإلا فثلاثة أوجه، ثالثها: إن ركب بعد النسج حرم، وإن رقم مع النسج لم يحرم، حكاها الشاشي وغيره.

قال: ولا يجوز للمبتوتة ولا للمتوفى عنها زوجها أن تخرج من المنزل لغير حاجة أي: حاقّة؛ لقوله - تعالى-: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]، قال ابن عباس [:الفاحشة][(٤)] : هي أن تَبْذُوَ على أهل زوجها. وأضاف «البيوت» إليهن؛ لأنها سكناهن، وليس المراد به ملكهن؛ لأنه خص المطلقة بذلك، ولو كان البيت لها لم تختص المطلقة بالتحريم، ولأن البذاءة[(٥)] لا توجب ذلك، وروي أنه - عليه السلام - قال لفريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري - بعدما أخبرته أن زوجها قتل، وسألته أن ترجع إلى أهلها؛ فإنه لم يتركها في مسكن يملكه، ولا نفقة - فقال لها رسول الله ﷺ في حديث طويل: «امْكُثِي[(٦)] فِي بَيْتِكِ، حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»[(٧)] ، قالت: فَاعْتَدَدْتُ[(٨)] فيه أربعة أشهر وعشرًا، ذكره الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

ثم ما ذكرناه في المتوفى عنها إذا قلنا: إن السكنى تجب لها، أما إذا قلنا: إنها لا تجب؛ فلا يجب عليها ذلك، بل تعتد حيث شاءت، إلا أن يلتزم الوارث أجرة

---

(١) في أ: الابزيم.
(٢) في د: المحيط.
(٣) في أ: كثيرًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: البيداة.
(٦) في أ: اسكني.
(٧) أخرجه أحمد (٦/ ٣٧٠)، وأبو داود (٢/ ٢٩١) كتاب الطلاق، باب: في المتوفى عنها تنتقل، برقم (٢٣٠٠)، والترمذي (٣/ ٤٩٩، ٥٠٠) كتاب الطلاق، باب: ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها؟ برقم (١٢٠٤)، والنسائي (٦/ ١٩٩) كتاب الطلاق، باب: مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، وابن ماجه (١/ ٦٥٤، ٦٥٥) كتاب الطلاق، باب: أين تعتد المتوفى عنها زوجها، حديث (٢٠٣١)، وابن حبان (١٠/ ١٢٨) برقم (٤٢٩٢)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٠٨)، والبيهقي (٧/ ٤٣٤،٤٣٥).
قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الحاكم وابن حبان.
(٨) في أ: فاعتدت.

منزل يعينونه، سواء فيه منزل النكاح أو غيره؛ فيجب، أو يكون البلد الذي هي فيه مثل المدينة يتطوع أهله بالمساكن؛ فيجب أن تسكن في مكانها؛ كما لو تطوع الوارث، قاله البندنيجي.

وبعض المراوزة فصَّل فقال: إن كان بعد المسيس فالحكم كذلك، وإن كان قبله فليس للوارث أن يلزمها ذلك، ولها أن تسكن حيث شاءت سكنى المعتدات؛ فلو لم يلزمها الوارث هل يلزمها السلطان ذلك؟ فيه وجهان.

ولا فرق فيما ذكر في المتوفى عنها بين أن تكون حاملًا والحمل غير لاحق بالزوج أو لا في مدة الأربعة أشهر والعشر، صرح به الماوردي عند الكلام في زوجة الصبي، وأما المبتوتة فلا يتصور ذلك في حقها؛ إذ[(١)] لا عدة عليها.

قال: وإن أرادت، أي: المعتدة عن[(٢)] الوفاة أو المبتوتة الخروج لحاجة[(٣)]: كشراء القطن وبيع الغزل- لم يجز ذلك بالليل، أي: مع تمكنها من الخروج نهارًا؛ لأنه يبعد الغوث عنها لو قُصِدَت، وكانت متصدية للآفات؛ فإن الليل مظنة الفساد، أما إذا لم يمكنها الخروج نهارًا فلسنا نمنعها من الخروج ليلًا.

وقال البندنيجي: إن ذلك في المتوفى عنها؛ إذا قلنا: لها السكنى أو تطوع الوارث، أما إذا قلنا: لا سكنى لها، تصرفت كيف شاءت، ليلًا ونهارًا.

قال: ويجوز للمتوفى [عنها][(٤)] زوجها أن تخرج لقضاء الحاجة بالنهار؛ دفعًا لحاجتها، وكذا يجوز لها أن تخرج بالليل إلى بيت بعض الجيران؛ للغزل والحديث، ولكن لا تبيت معهم، وتعود للنوم إلى مسكنها.

قال:وتمسك الأصحاب في ذلك بحديث رواه مجاهد وهو مرسل.

وحكم الموطوءة بالشبهة وفي النكاح الفاسد في عدتها - حكم المتوفى عنها.

قال في «التتمة»: إلا أن تكون حاملًا، وقلنا: إنها تستحق النفقة؛ فلا يباح لها الخروج.

قال: وفي المطلقة البائن قولان:

أصحهما: أنه يجوز؛ لما روي عن جابر أنه قال: طلقت خالتي ثلاثًا، فأرادت أن تجد نخلها، فزجرها رجل أن تخرجد؛ فأتت النبي ﷺ، فقال: «[بَلَى،

---

(١) في أ: أو.
(٢) في أ: من.
(٣) في أ: لقضاء الحاجة.
(٤) سقط في التنبيه.

فَجُدِّي][(١)] نَخْلَكِ؛ فَإِنَّكِ عَسَى أَنْ تَصْدُقِي أَوْ تَفْعَلِي مَعْرُوفًا»[(٢)] رواه مسلم.

ولأن عدة المتوفى عنها زوجها أغلظ؛ فإذا جاز لها الخروج فالمطلقة أولى، لكن لا يستحب لها الخروج.

وهذا في الحائل، أما الحامل فهكذا حكمها أيضًا إن قلنا: لا نفقة لها في الحال، أما إذا قلنا نفقتها تعجل، فهي مكفية بها؛ فلا تخرج إلا أن يضيعها المطلق، ومست الحاجة إلى الخروج، وكيف لا والزوجة لو ضيعها الزوج لخرجت؟! صرح بذلك الإمام والمتولي.

والقول الثاني: لا يجوز، وهو القديم؛ لعموم الآية.

قال القاضي الحسين بعد حكاية حال المتوفى عنها والمبتوتة: [ونظير ذلك الإحداد والتعرُّض بالخطبة، وحكم المفسوخ نكاحها في هذا المعنى حكم المبتوتة، والفرق على القديم بين المتوفى عنها والمبتوتة][(٣)] أن المتوفى عنها متفجعة؛ فيؤمن منها الوقوع في الآفات، بخلاف المبتوتة؛ فإنها مُوغَرة الصدر؛ فلا يؤمن منها الفساد.

فرع: الرجعية في حكم الزوجات، لا يجوز لها الخروج إلا بإذنه.

قال في «التتمة»: وكذا الجارية المشتراة والمسبية في زمان الاستبراء، وكذا هو محكي في «تعليق» القاضي الحسين، وزاد: أم الولد.

تنبيه: ما ذكر مفروض فيما إذا لم يكن لها أحد يقضي حاجتها، أما إذا كان لها من يقضي حاجتها فلا يجوز لها الخروج إلا للضرورة في ذلك، قاله الإمام وغيره، وقد حكاه الجيلي أيضًا.

قال: وإن وجب عليها حق يختص بها، وهي بَرْزَة - أي: لها عادة أن تلقى الرجال في حوائجها، وهي بفتح الباء - خرجت؛ فإذا وفت[(٤)]، أي الحق، رجعت - أي: إن بقي من العدة شيء، وبَنَتْ، لأن ذلك محل ضرورة.

أما إذا كان يمكن استيفاؤه في بيتها: كالدين والوديعة، لم تخرج.

وإن كانت مخدَّرة بعث الحاكم إليها نائبه، أو حضر بنفسه.

---

(١) في أ، د: بل تجدي.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١٢١) كتاب الطلاق، باب: جواز خروج المعتدة البائن، برقم (٥٥/ ١٤٨٣).

(٣) ما بين المعقوفين سقط في أ.

(٤) في د: فضت.

واستدل للفرق بين البرزة والخَفِرة بأن الغامدية لما أتت النبي ﷺ واعترفت بالزنى رجمها بعد وضع الحمل[(١)]، وقال في قصة العَسِيف: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا؛ فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[(٢)]، ولم يأمر بإحضارها.

تنبيه: ذكر الشيخ هذه المسألة وإن كان الحكم فيها مستفادًا مما تقدم، بل بطريق الأولى؛ لينبه[(٣)] على أمور:

أحدها: أن هذا الحكم يشمل المتوفى عنها وغيرها، وإن كان في خروج البائن قولان فيما تقدم.

والثاني: أن المخدرة لا يجب عليها الخروج، وفيه دليل على أن المعتدة إذا أمكنها تحصيل شراء القطن وبيع الغزل من غير أن تخرج - لا يجوز لها الخروج، كما ذكرناه؛ لأن المخدرة لما أمكن استيفاء الحق منها في بيتها لم تخرج.

والثالث: لئلا يعتقد معتقد أنه يجب تأخير الحق إذا كان حدًّا إلا بعد انقضاء العدة؛ كما يفعل في الحر والبرد، وتكون العدة مانعة منه.

فرع: لو كان الحق الذي عليها الرجم، وكانت من ذوات الشهور أو الأقراء رجمت، ولم ينتظر بها انقضاء العدة؛ لأن الأصل براءة الرحم، والعدة موضوعة لمنعها من الأزواج، ورجمُها أمنع.

ولو كانت من ذوات الحمل أخرت حتى تضع أو يتبين عدم حملها.

وإن كان الحق جلدًا في الزنى جلدت إن كانت حائلًا، وفي تغريبها[(٤)] قبل انقضاء العدة وجهان:

أحدهما: لا تغرب إلا بعد انقضاء العدة.

والثاني: تغرب حولًا إلى أحصن المواضع، ويراعى تحصينها في التغريب

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢٣) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث (٢٣/ ١٦٩٥).
وفيه: فجاءت الغامدية فقالت: يا رسول الله، إني قد زنيت فطهرني، وإنه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزا، فوالله إني لحبلى قال «إما لا فاذهبي حتى تلدي» فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال «اذهبي فأرضعيه حتى تفطميه» فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع نبي الله ﷺ سبه إياها فقال: «مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له».
ثم أمر بها فصلى عليها ودفنت.

(٢) تقدم تخريجه. (٣) في أ: ليبينه. (٤) في أ: التعريبها.

في بقية العدة؛ فإن استكملت حق التغريب قبل انقضاء العدة وجب ردها إلى منزلها؛ لتقضي فيه بقية العدة، حكاه الماوردي.

قال: وتجب العدة [في المنزل الذي وجبت فيه العدة](١)، أي: إذا كان يليق بها حال الطلاق، وأمكن بقاؤها فيه؛ لكونه ملكًا للزوج أو مستأجرًا معه، أو مستعارًا؛ لقوله -تعالى-: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، مع حديث فريعة؛ فإن النبي ﷺ «أَمَرَهَا أَنْ تَمْكُثَ فِي بَيْتِهَا حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ»(٢) كما ذكرناه، ثم هذا الحق لله - تعالى - لا يسقط بالتراضي.

أما إذا كان لا يليق بها: فإن كان لشرفه عليها فللزوج أن ينقلها منه إلى منزل يليق بها، [أو يفرد لها منه ما يليق بها](٣). وإن كان لشرفها عليه، وقد رضيت به في صلب النكاح: فإن قنعت به أقرت فيه، ولم تخرج منه، وإن لم تقنع، وجب [على](٤) الزوج أن يكمل حقها في مسكن مثلها، فإن قدر على دار تلاصقها تضاف إليها فعل، وإن لم يقدر نقلها إلى منزل مثلها في أقرب المواضع كما سنذكره، هذا كلام العراقيين.

وأبدى المراوزة - على ما حكاه مجلي عنهم - في المسألتين احتمالًا.

وهذا كله تفريع على أن الاعتبار [في المسكن في حال الزوجية بحالها، أما إذا قلنا: الاعتبار](٥) بحاله - كما سنذكره - فينبغي أن يكون هاهنا كذلك.

ولا فرق فيما ذكرناه بين الحرة والأمة إذا قلنا: إن الزوج يستحق تعيين المسكن في صلب النكاح. [فإن](٦) قلنا: السيد يبوِّئها بيتًا، فطلقت فيه - فالظاهر: أنه لا يلزمها ملازمة المسكن، وقيل: إنه يجب.

ثم هذا كله إذا كانت المعتدة عن وفاة أو طلاق بائن، أما إذا كانت عن طلاق رجعي ففي «المهذب» و«الحاوي»، وغيرهما من كتب العراقيين: أن للزوج أن يسكنها حيث شاء؛ لأنها في حكم الزوجات.

وفي «النهاية»: أن الزوج إذا كان يساكن امرأة في مسكن مملوك له، ثم طلقها ألبتة، أو طلقة رجعية، أو مات عنها، والتفريع على الاستحقاق للسكنى - فيتعين عليها ملازمة مسكن النكاح؛ فلو زايلَتْهُ عن اختيار عصت ربها، ويجب على

---

(١) سقط في أ.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

الزوج ألا يخرجها، ولا يزعجها[١]، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

قال: وإن وجبت وهي في مسكن لها، وجبت[٢] **لها الأجرة**؛ لأن سكناها في العدة عليه؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، وهذا إذا طلبت، أما إذا سكتت ولم تطلب، فمضت مدة - [فقد][٣] نص الشافعي على أن حقها يسقط بالسكوت، وقال في الزوجة إذا زفت إلى زوجها، فأنفقت على نفسها من مالها، ولم تطالبه بالنفقة: استقرت نفقتها.

واختلف أصحابنا في هذا على طريقين:

منهم من ضاق عليه الفرق؛ فنقل[٤] جوابه في كل واحدة إلى الأخرى، وقال: فيهما[٥] معًا قولان:

أحدهما: تسقط بالسكوت نفقة الزوجة وسكنى المعتدة.

والثاني: لا تسقطان معًا.

ومنهم من حمل الكلام على ظاهره، هكذا حكاه ابن الصباغ والبندنيجي، واللفظ للبندنيجي.

وذكر ابن الصباغ عن الأكثر أنهم فرقوا بفرقين:

أحدهما: أن نفقة الزوجة تجب بالتمكين وقد حصل، والمسكن يجب على الزوج؛ لتحصن[٦] ماءه وتحفظه؛ فإذا سكنت حيث شاءت لم يجب عليه أجرة المسكن؛ لأنه لم يوجد سبب وجوبه.

والثاني: أن نفقة الزوجة تجب على سبيل المعاوضة؛ فلم تسقط بمضي الزمان، وهذا لا يجب لا على سبيل المعاوضة، وإنما يثبت لحق الله تعالى.

وظاهر هذا الكلام يدل على أن الخلاف في النفقة في حال الزوجية.

ويؤيده أن البندنيجي فرق بأن الزوجة [ممكنة من][٧] الاستمتاع، ثم قال: قالوا: فعلى هذا يجب ألا يكون للرجعية نفقة؛ لأنها غير ممكنة. قلنا: هي ممكنة، وإنما الزوج لا يستوفي[٨]؛ فهو كما لو أحرم.

---

(١) في أ: يرجعها.
(٢) في التنبيه، أ: وجب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: فيقل.
(٥) في أ: منهما.
(٦) في أ: لفحص.
(٧) في أ: مسكنه في.
(٨) في أ: يستولي.

[هذا][١] على هذه الطريقة - يعني: طريقة الفرق - فأما من قال على قولين فالرجعية والزوجة سواء.

وصوَّر في «الحاوي» مسألة الخلاف في النفقة بما إذا كانت المطلقة البائن حاملًا، والله أعلم.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه يجب عليها أن تعتد فيه، وكذلك كلام الماوردي، وهو ما صرح به في «المهذب» وصاحب «التهذيب».

وفي «الشامل» و «التتمة»: أن ذلك يجوز ولا يجب، حتى لو طلبت أن يسكنها غيره، وجب عليه ذلك.

قال: وإن وجبت، وهي [في][٢] مسكن للزوج لم يجز أن يسكن معها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وأراد بذلك: في المسكن، وفي سكناه معها إضرار بها.

ولأن في ذلك خلوة بمن يحرم عليه النظر إليها، وهي حرام؛ قال ﷺ: «لا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ؛ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ»[٣].

قال: إلا أن تكون في دار فيها ذو رحم محرم لها، أي: رجل على ما حكاه الرافعي، أو له، أي: امرأة؛ على ما حكاه أيضًا، ولها موضع تنفرد به، أي: من غير اشتراك في المرافق: كالمطبخ والسقاية والبئر، وهو صالح مع ذلك لسكنى مثلها؛ لأنه إذا وجد ذلك زالت الخلوة، وانتفى الضرر؛ لكنه مكروه؛ لاحتمال أن تقع عينه عليها.

ولو كانت الدار ذات حجرتين، فسدَّ المنفذ بينهما أو أغلقه، أو كان لها علو[٤] فقطع بين العلو والسفل بغَلْق بابٍ أو سدِّه - فيجب أن يسكنها ما يليق بها من ذلك، وله أن يسكن ما عداه، وإن لم يكن معهما محرم.

واشترط صاحب «التهذيب» و«التتمة»: ألا يكون ممر أحدهما على الآخر.

ولو كانت الدار كبيرة يكتفي كل منهما بجانب منها، وقطع بين الجانبين بحاجز من بناء مكين[٥] أو خشب وثيق فهي كالدارين. أما إذا كانت المرافق

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه أبو داود الطيالسي ص (٧) برقم (٣١)، وأحمد (١/ ٢٦)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٨٧) برقم (٩٢١٩)، وأبو يعلى (١/ ١٣٣) برقم (١٤٣)، وابن حبان (١٢/ ٣٩٩) برقم (٥٥٨٦)، والقضاعي في مسند الشهاب (٢/ ٩٠) برقم (٩٤٦)، من حديث جابر بن سمرة رضي الله عنه قال: خطب عمر الناس بالجابية فقال ... الحديث. وصححه ابن حبان.

(٤) في أ: علق. (٥) في أ: بناملين.

مشتركة، أو لم يكن لها موضع تنفرد به؛ بحيث لا يمكن ألا تقع عينه عليها- فلا يجوز وإن كان معهما محرم، صرح بالأولى[1] القاضي الروياني، وبالثانية الماوردي، وقريب منها ما حكاه ابن الصباغ: أنه لو لم يكن في الدار إلا بيت واحد، والباقي صفات- لم يجز أن يسكن معها، وإن كان معهما محرم؛ لأنه لا يتميز في السكنى عنها بموضع.

وفي كلام الرافعي تصريح بجوازه في الأولى؛ كما يجوز في البيتين من الخان[2].

وفي «النهاية»: أن الاشتراك في الممر والمخرج إلى خارج لا يراعى.

ثم اشترط الشافعي - رضي الله عنه - في المحرم أن يكون بالغًا؛ قال القاضي أبو الطيب: لأن من[3] لم يبلغ لا تكليف عليه؛ فلا يلزمه إنكار الفاحشة.

وقال الشيخ أبو حامد: يكفي[4] حضور المراهق، ويقوم مقام المحرم زوجته الأخرى أو جاريته، أو من هي محرمة عليه برضاع أو مصاهرة، صرح بذلك القاضي الحسين في «تعليقه» وغيره.

والنسوة الثقات يَقُمْنَ مقامه، وكذلك المرأة الواحدة عند ابن الصباغ وغيره.

وحكى الإمام عن الأصحاب ترددًا، فيما إذا خلا بأختين[5] أو معتدتين أو بجمع من النسوة: هل هو خلوة أم لا؟ والذي جزم به في كتاب الحج: أن الرجل كما يحرم عليه أن يخلو [بامرأة واحدة يحرم عليه أن يخلو][6] بنسوة إلا أن يكون مع واحدة منهن محرم. وقال هنا: لا تزول الخلوة عند اجتماع رجلين بامرأة على ظاهر ما ذكره الأصحاب، وليس كخلوة رجل بامرأتين؛ لأنا لا نوجب على المرأة الفردة أن تخرج حاجة[7] مع[8] جمع من الرجال. انتهى.

وقد ضبط ما تندفع الخلوة به بما إذا كان هناك من يحتشم منه جانبه، أو يخاف بأن يمنع[9] ما يكاد يجري: إما بنفسه، وإما بالاستعانة بغيره، وحينئذ لا يحرم. ولا فرق في ذلك بين المطلقة البائن أو الرجعية؛ فإن الرجعية في حكم التحريم كالبائن.

---

(١) في أ، د: بالأول.
(٢) في أ: الجان.
(٣) في أ: إن.
(٤) في أ: يكني.
(٥) في د: بأجنبيتين.
(٦) سقط في أ.
(٧) في د: لحاجة.
(٨) في أ: من.
(٩) في د: يمتنع.

قال: ولا يجوز نقلها من المسكن الذي وجبت فيه العدة؛ للآية، إلا لضرورة.

ومثالها[(١)]: إشراف الدار على الانهدام، أو الحريق، أو الغرق، وكذا لو كانت الدار [غير][(٢)] حصينة، وكانت تخاف من اللصوص، أو كانت بين قوم فَسَقة تخاف منهم على نفسها، أو كانت تتأذى من الجيران، أو كانت الدار مستعارة فرجع المعير فيها، أو مستأجرة فانقضت مدة الإجارة، وامتنع مالك المنفعة من أن يؤجره إلا بأكثر من أجرة المثل، أو كانت في دار الحرب؛ فإن عليها أن تهاجر وتخرج إلى دار الإسلام.

وقال المتولي: إلا أن تكون في موضع لا تخاف[(٣)] على دينها، ولا على نفسها؛ فلا تخرج حتى تعتد.

قال: أو بذاءة على أحمائها؛ فتنتقل إلى أقرب المواضع إليها:

أما نقلها عند وجود الضرورة؛ فللضرورة.

وأما عند البذاءة؛ فلقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ [النساء: ١٩]، وقد قال ابن عباس وغيره: إن الفاحشة المبينة: أن تَبْذُوَ على أهل زوجها.

[وما روي أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها][(٤)]، فأمرها النبي ﷺ أن تعتد في بيت الزوج، فاستطالت على أحمائها باللسان فبذت عليهن؛ فأخرجها النبي ﷺ مِنْ بَيْتِ الزَّوجِ، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ[(٥)]، كذا قاله القاضي الحسين.

وأما كونها تنتقل إلى أقرب المواضع إليها؛ فلأن المكان إذا تعين لإيفاء[(٦)] الحق، ثم تعذر - رجع إلى أقرب المواضع إليه.

وقال الإمام في «فصل: إذا كان المنزل الذي طلقت فيه أضيق من منزل النكاح»: الذي أرى القطع به أن رعاية القرب من مسكن النكاح لا يجب أصلًا، بل لا أرى له أصلًا في الاستحباب.

نعم، لا سبيل إلى الخروج من البلد، وجزم البغوي بسقوط حق السكنى، وأن عليها أن تعتد في بيت أهلها. وكأنه تمسك في ذلك بما روي أن فاطمة روت مُطْلَقًا أن النبي ﷺ لم يجعل لها النفقة والسكنى.

---

(١) في أ: مثلها.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: يخاف.
(٤) سقط في د.
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٣٣) كتاب العدد، باب: ما جاء في قوله عز وجل: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ [الطلاق:١].
(٦) في أ: لإبقاء.

وقد كره منها ذلك جماعةٌ - ابنُ المسيب وغيرُهُ - مخافة أن [تقرع السامع][(١)] روايتها على الإطلاق من غير بيان سبب، وهو يجهل سبب الحكم وحقيقة الحال؛ فيظن أن المطلقة لا سكنى لها، وأنها تعتد حيث شاءت.

ولو بذا أحماؤها عليها فينقل الأحماء دونها.

فرع: لو كان المسكن مستعارًا، فأراد أن ينقلها إلى منزل مكرى: فإن، كان في بلد عرف أهله بالعارية فيه لم يكن له نقلها، وإن كان في بلد عرف أهله بالكِرَى، ففيه وجهان.

فلو نقلها، ثم بذل المنزل الأول مالكُهُ: فإن كان بالإعارة لم يلزمه ردها إليه، وإن بذل بالإجارة: فإن كان المنقول إليه مستعارًا وجب ردها إلى الأول وإن كان مستأجرًا فوجهان.

تنبيه: البذاءة - بفتح الباء، وبالذال المعجمة، والمد - هي: الفحش، وفلان بذِيّ اللسان - بتشديد الياء - والمرأة بذيَّة، بالتشديد أيضًا.

والأحماء: أقارب زوجها.

وقيل: محارم زوجها من الرجال والنساء؛ كما يقال: أختان الرجل: محارم زوجته من الرجال والنساء.

و«الأصهار» يقع على أقارب الرجل والمرأة.

وحماة المرأة: أم زوجها.

قال الجوهري: لا لغة فيها غيرها، وفي واحد «الأحماء» من الرجال أربع لغات: «حما» كـ«قفا»، و«حمو» مثل «أبو»، و«حم» مثل «أب»، وحمء - بإسكان الميم، مهموز - وأصله: حمو، بفتح الحاء والميم.

[تنبيه] آخر: المحل الذي تنقل منه المرأة بسبب البذاءة على الأحماء، إذا كانوا في دار واحدة تسع جميعهم، أما إذا كانت صغيرة لا تسع إلا المرأة نقل الأحماء، ولو كان الأحماء في دار أخرى لم تنقل المعتدة بالبذاءة؛ إذا لم تكن الداران متجاورتين.

ولو كانت في دار أبويها؛ لأن الزوج كان يسكن دارهما، فبذت على الأبوين، أو بذا الأبوان عليها - لم ينقل واحد منهما[(٢)].

ولو كانت أحماؤها في دار أبويها أيضًا، فبذت عليهن؛ فينقلن دونها.

---

(١) في أ: بفرع السامع.

(٢) في د: منهم.

واعلم أن ما ذكرناه مفروض في أهل القرى، فأما أهل البادية فيجب على من طلقت في البادية أن تقيم في البيت الذي هو مسكنها من [خيام النقلة][(١)]، وتقيم فيه ما أقام قومها؛ فإن انتقلوا بجملتهم، أو النساء، وبقي الرجال؛ للخوف من عدو، أو بعض أهل الحي، وفيهم أهلها وأهل الزوج، أو أهلها - فليس عليها أن تقيم. وإن انتقل الرجال دون النساء، أو غير أهلها وغير أهل الزوج، أو أهلها وبقي أهل زوجها - وجب عليها أن تقيم.

وإن انتقل أهل زوجها وبقي أهلها، فهي بالخيار بين الانتقال مع أهل الزوج، وبين أن تقيم مع أهلها، قاله الماوردي.

وأما إذا طلقت المرأة، وهي في سفينة ولا منزل لها سواها؛ لكون زوجها [ملاحًا: فإن][(٢)] كانت كبيرة، وفيها بيوت متميزة المرافق- اعتدت في بيت منها؛ كما في الدار التي [فيها][(٣)] حُجَر مفردة[(٤)] المرافق. وإن كانت صغيرة، ومعها محرم لها يمكنه أن يعالج السفينة - خرج الزوج، واعتدت هي فيها، وإلا فتخرج وتعتد في أقرب المواضع إلى الشط.

وإذا تعذر خروج واحد منهما، فعليها أن تستتر، وتبعد عنه بحسب الإمكان، هذا ما أورده ابن الصباغ وغيره.

قال الرافعي: وفيه إشعار بأنه لا يجوز لها الخروج من السفينة إذا أمكن الاعتداد فيها، وقد نص ناصُّون عليه.

ونقل القاضي الروياني أنها تتخير بين أن تعتد في السفينة وبين أن تخرج، وحكاه مجلي - أيضًا - لكن عن بعض الأصحاب:

فإن اختارت الاعتداد في السفينة؛ فحينئذ ينظر: أهي كبيرة أم صغيرة؟ ويراعى التفصيل المذكور.

وإن اختارت الخروج فوجهان:

أحدهما : أنها تعتد في أي موضع شاءت، وينسب إلى أبي إسحاق.

وأظهرهما - وبه قال الماسرجسي[(٥)] -: أنها تعتد في أقرب القرى إلى الشط.

---

(١) في أ: ختام النفقة.
(٢) في أ: بلا خاقان.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: معدودة.
(٥) في أ: السرخسي.

وقد حكى هذين الوجهين، وجوَّز الخروج من السفينة مع إمكان الاعتداد الشاشي - أيضًا - وقال: إن الأصح من الوجهين: الوجه الآخر، كما ذكر.

قال: وإن أمرها بالانتقال إلى موضع آخر، فانتقلت، أي: خرجت بنية الانتقال، ثم طلقها، أي أو مات عنها، قبل أن تصير إلى الثاني - فقد قيل: تمضي؛ لأنه قد صار هو المسكن؛ فإنها ممنوعة من المقام في الأول، مأذون لها في الثاني. وهذا هو الصحيح، ويحكى عن نصه في «الأم»، ونسبه الماوردي إلى أبي إسحاق.

قال: وقيل: هي بالخيار بين المضي وبين العود؛ لأنها بينهما، [والأول خرج عن أن يكون سكنًا بالخروج منه، والثاني لم يصر مسكنًا؛ فخيرت بينهما][(١)]، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يعتبر القرب فيرجح به. قال: ويشبه أن يكون قول أبي الفياض.

وفي «الرافعي» حكاية وجه: أن المسكن الأول يتعين؛ فتحصلنا على أربعة أوجه.

ولو أمرها بالانتقال، فلم تنتقل بنفسها - وجب عليها أن تعتد في الأول، وإن انتقلت بنفسها وجب عليها أن تعتد في الثاني، ولو رجعت؛ لنقل القماش، ثم طلقها، أو مات وهي في الأول - اعتدت في الثاني.

قال الإمام: وهذا إذا دخلت الثاني دخول قرار، أما إذا لم تدخله كذلك، وكانت تتردد بينهما: فإن طلقت في الثاني تعين، وإن طلقت في الأول ففيه احتمالان.

ولو طلقها في الأول طلقة، ثم كمل الثلاث في الثاني - عادت إلى الأول، وأكملت فيه العدة.

قال الماوردي: لأن أول عدتها في الطلاق المبتوت في الثاني من وقت الطلاق الرجعي في الأول، فكذلك انتهاء العدة فيه آخِرًا[(٢)]، وينبغي أن يجيء فيه وجه: أنها تعتد في الثاني؛ بناء على أنها تستأنف العدة.

وحكمها إذا انتقلت بغير الإذن، ثم أقرها الزوج - حكم ما إذا انتقلت بالإذن.

ولو خرجت لا للنقلة، ثم لحقها الطلاق - فحق عليها أن ترجع إلى مسكن النكاح وإن كان عليها في تلك الدار شغل يضاهي التجارة في حق المسافرة.

قال: وإن أذن لها في السفر، فخرجت، أي: من المنزل، ووجبت العدة، أي: عدة الطلاق أو الوفاة، قبل أن تفارق البلد - فقد قيل: عليها أن تعود؛ لأنه لم

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أجزاء.

يثبت لها حكم السفر؛ بدليل أنها لا تستبيح قصر الصلاة، وإذا كان كذلك لم يوجد المأذون فيه؛ فأشبه ما لو طلقها قبل أن تخرج من البيت، وهذا نسبه الماوردي إلى أبي إسحاق، وقال الإمام: إنه الذي ذهب إليه الأكثرون، وإنه الأظهر.

قال: وقيل: لها أن تمضي ولها أن تعود؛ لأن مزايلتها المنزل بإذن الزوج أسقط عنها وجوب الإقامة فيه، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري، وهو ظاهر المذهب.

وحكي وجه غريب فارق بين أن يكون سفر حج؛ فلا يلزمها، وبين أن يكون غيره؛ فيلزمها، وقيده في «الذخائر» بحج الفرض.

قال: وإن فارقت البلد، ثم وجبت العدة - فلها أن تمضي، ولها أن تعود؛ لأن في قطعها عن السفر مشقة، لا سيما إذا بعدت عن البلد، وخافت الانقطاع عن الرفقة.

وفي «الحاوي» حكاية وجه عن ابن أبي هريرة: أنه لا يستقر دخولها في حكم السفر، إلا أن تنتهي إلى مسافة يوم وليلة؛ اعتبارًا بالسفر الذي يستباح فيه الترخص؛ فما لم تبلغ إليه فعليها إذا مات أو طلق أن تعود إلى منزلها؛ فإن بلغت يومًا وليلة لم يلزمها العود.

ثم هذا في السفر للحاجة، أما سفر النقلة: فإن لم تخرج من البلد عادت إلى المنزل، وإن خرجت فعلى الوجوه الأربعة فيمن طلقت وهي بين الدارين.

وفي «الحاوي» عن ابن أبي هريرة: أنه إذا [كان][1] السفر لنزهة أو زيارة، فطلق أو مات بعد استقرار سفرها، وقبل وصولها - يلزمها العود، وعليه حمل قول الشافعي: إنه لوأذن لها في زيارة أو نزهة[2]، فعليها أن ترجع.

والمذكور في «الشامل»: أن سفر النزهة كسفر الحاجة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنها ترجع في سفر النزهة، على قولنا: إنه إذا أذن لها في المقام مدة، ثم طلقها: إنها لا تقيمها، ولا ترجع في سفر الزيارة على هذا القول؛ لأنها غرض صحيح، وظاهر النص: أنه لا فرق بين سفر الزيارة والنزهة.

قال: وإن وصلت إلى المقصد، أي: سواء وجبت العدة في الطريق، ولم تعلمه، أو فيه؛ على ما صرح به الماوردي - فإن كان السفر لقضاء حاجة، أي

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: نزعة.

مثل: حج يؤدى، أو دار تبنى - لم تقم بعد قضائها؛ لأنه لم يأذن في القدر الزائد على ذلك، اللهم إلا أن تكون الحاجة مما ينقضي في دون الثلاثة أيام؛ فإن لها أن تقيم مدة المسافرين ثلاثة أيام، كذا حكاه القاضي الحسين والبغوي والغزالي.

وحكاه الروياني عن بعضهم، وغلط قائله، وقال: نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير. وما قاله هو ما يقتضيه كلام الشيخ، وهذا إذا لم يقدر لها مدة، أما إذا قدر ففيها الخلاف الآتي.

والمقصد: بكسر الصاد.

قال: وإن كان لنزهة[1] **أو زيارة، لم تقم أكثر من ثلاثة أيام**؛ لأن ما زاد في حكم الإقامة.

وألحق الماوردي بذلك ما إذا كان لأداء رسالة، واستدل له بما روي أنه -عليه السلام-: «أَذِنَ لِلْمُهَاجِرِ أَنْ يُقِيمَ بِمَكَّةَ بَعْدَ قَضَاءِ نُسُكِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»[2] .

ثم هذا إذا أمكنها الخروج في اليوم الرابع؛ فإن لم يمكن لمرض أو خوف؛ فلا حرج عليها في المقام ما كان عذرها قائمًا.

قال: وإن قدر لها مقام مدة ففيه قولان:

أحدهما: أنها لا تقيم أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن الإذن في المدة المقدرة قد بطل؛ لاستحقاق العدة في الوطن[3]؛ فليس لها أن تقيم إلا[4] مدة المسافرين ثلاثة أيام، إلا أن يقطعها عذر.

والثاني: أنها تقيم المدة التي أذن لها فيها؛ كما لو أذن في قضاء الحاجة، وكما أنه إذا أذن في سفر النقلة، يجب عليها أن تعتد في البلد الثاني، وهذا هو الأصح، واختيار المزني، وقد أجرى هذا الخلاف فيما لو أذن لها في الانتقال إلى

---

(١) في التنبيه: لتنزه.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٢٦٦) كتاب مناقب الأنصار، باب: إقامة المهاجر بمكة، حديث (٣٩٣٣)، ومسلم (٢/ ٩٨٥) كتاب الحج، باب: جواز الإقامة بمكة، حديث (٤٤٢)، والترمذي (٢/ ٢١٣) كتاب الحج، باب: مكث المهاجر بمكة، حديث (٩٥٦)، والنسائي (٣/ ١٢٢) كتاب تقصير الصلاة في السفر، باب: المقام الذي يقصر بمثله الصلاة، وابن ماجه (١/ ٣٤١) كتاب إقامة الصلاة، باب: قصر الصلاة للمسافر، حديث (١٠٧٣)، والبيهقي (٣/ ١٤٧) كتاب الصلاة، باب: من أجمع إقامة أربع أتم، والبغوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢١٢) من طريق العلاء بن الحضرمي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثًا.

(٣) في د: الوطء.

(٤) في د: أكثر.

منزل آخر في البلد مدة قدرها، كما حكاه الروياني عن نصه في «الأم».

وقال الغزالي: إن الطلاق يبطل تلك المدة، ولم يجعله على الخلاف. وأجرى - أيضًا - فيما لو أذن لها أن تعتكف عشرة أيام، ثم وجبت العدة في أثنائها: هل تتمها، أو تقطعها وتعود إلى المنزل؟

فإن لم نوجب الخروج فخرجت بطل، واستأنفت إن كان الاعتكاف منذورًا.

وإن أوجبناه، فهل تستأنف أو تبني؟ فيه خلاف، والظاهر الثاني.

ومنهم من قال: إن قلنا: تبني، فعليها الخروج، وإلا فإبطال [العبادة عليها كإبطال][1] أهبة السفر.

والمقيم: بضم الميم.

فرعان:

أحدهما: لو أذن لها في السفر مطلقًا روعي شواهد الحال فيه: فإن دلت على المقام أقامت، وإن دلت على العود عادت، وإن لم تدل على شيء اقتضى مطلق الإذن أن يكون سفر مقام؛ لأن العود سفر آخر يحتاج إلى إذن فيه؛ فيلزمها قضاء العدة في البلد الذي سافرت إليه، حكاه الماوردي.

الثاني: لو كان الزوج معها في السفر، وكان سفرها لغرضه، فطلقها أو مات - لم تقم إلا مدة المسافرين، إلا لضرورة، وإن كان لغرضها فالحكم كما لو لم يكن معها.

قال: فإن قضت الحاجة في المسألة الأولى لتنزه أو زيارة، وبقي من المدة ما تعلم أنه ينقضي قبل أن تعود إلى البلد[2] - فقد قيل: لا يلزمها العود؛ لأنها لا تقدر على العدة في ذلك البلد؛ فالسكون أولى وأليق، وهو أيسر لها من السفر، وهذا قول أبي إسحاق، واختيار القفال، وهو أظهر في «تعليق» القاضي الحسين.

وقيل: يلزمها؛ لأن إقامتها غير مأذون فيها، وعودها مأذون فيه من جهته، ولأن المكان الذي تعود إليه أقرب إلى مسكنها من الموضع الذي تقيم فيه، والقرب من موضع العدة مطلوب؛ دليله ما سبق، وهذا نصه في «الأم»، وهو الأظهر في «الرافعي» وغيره، وقال: البندنيجي: إنه المذهب، ونسبه الإمام إلى بعض الأصحاب، وقال: لا أعرف له وجهًا؛ فإنها إذا قطعت بأنها لا تنتهي إلى مسكن النكاح، فقصدها[3] المسكن قصد لا مقصود له. نعم[4]، إذا جوزت أن تنتهي إلى المسكن قبل انقضائها،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: المنزل.
(٣) في أ: وقصدها.
(٤) في أ: نعلم.

وجوزت خلاف ذلك - فيجوز تقدير[(١)] الخلاف هاهنا. انتهى.

ولو علمت أن العدة لا تنقضي في الطريق، وبقي بقية تقضيها في البلد - وجب عليها العود وجهًا واحدًا.

قال: وإن أذن لها في الخروج إلى منزل أو [إلى بلد][(٢)] **لحاجة، أي**: ادعى ذلك، ثم اختلفا، أي: وهي في المنزل الثاني، فقالت: نقلتني إلى الثاني؛ ففيه أعتد، وقال: ما نقلتك [أي: وأصر على ما ادعاه أنه لحاجة][(٣)]، فالقول قول الزوج؛ لأنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قوله؛ فكذلك إذا اختلفا في صفته؛ لأنه أعرف به، ولأن الأصل عدم الإذن في النقلة.

قال: وإن مات الزوج، واختلفت هي والورثة في ذلك - فالقول قولها؛ لأنهما استويا في الجهل بقصد الزوج، ومع الزوجة ظاهر: وهو أن الأمر بالخروج يقتضي خروجها من غير عود، وهذا ما حكاه القفال عن نص الشافعي في الصورتين على ما حكاه الفوراني، وهو الأصح بالاتفاق.

ونقل نص: أن القول قول الوارث أيضًا، ونص أن القول قولها، سواء كان الاختلاف مع الزوج أو وارثه[(٤)].

---

(١) في د: تقديم. (٢) في أ: لا. (٣) سقط في أ.

(٤) قوله: وإن أذن لها في الخروج إلى منزل أو إلى بلد لحاجة، ثم اختلفا - فقالت: نقلتني إلى الثاني ففيه أعتد، فقال: ما نقلتك فالقول قول الزوج.

ثم قال: وإن مات الزوج واختلفت هي والورثة في ذلك فالقول قولها؛ لأنهما استويا في الجهل بقصد الزوج، ومع الزوجة ظاهر وهو أن الأمر بالخروج يقتضي خروجها من غير عود، وهذا ما حكاه القفال عن نص الشافعي في الصورتين على ما حكاه الفوراني، وهو الأصح باتفاق الأصحاب.

ونقل نص الشافعي أن القول قول الوارث أيضًا، ونص أن القول قولها سواء كان الاختلاف مع الزوج أو وارثه انتهى كلامه.

واعلم أن هذه التفرقة المنقولة عن الفوراني عن نص الشافعي موجودة في كلام الفوراني، فقد رأيتها في «الإبانة»، له لكن المشهور في نقل هذا النص إنما هو العكس، فقد قال القاضي الحسين في التعليق في الكلام على اختلافها هي والزوج ما نصه: نص هاهنا على أن القول قولها، وإنما ذاك لأن الظاهر معها. وحكى المزني في الجامع الكبير عن النص: أنه لو وقع هذا الاختلاف مع الوارث، فقالت: نقلني أبوك، وقال: لم ينقلك، فالقول قول الوارث وليست المسألة على قولين، هذا كلام القاضي وهو أجل أصحاب القفال، وكذا ذكره الإمام في النهاية والبغوي في التهذيب، ونقل الرافعي أن الصيدلاني نقله هكذا عن القفال.

نعم، تابع الفوراني على ذلك بعض من جاء بعده؛ كالغزالي فاعلمه، وقد نقل الرافعي هذا الاختلاف، واقتصار المصنف على كلام الفوراني وترك من هو أثبت منه غريب. [أ و].

وهذا ما جزم به الماوردي والحالة هذه؛ موجهًا ذلك بأنها تدعي سفرًا، وهو يدعي سفرين؛ فكان القول قول من ينكر[(١)] الثاني.

وكذا جعل القول قوله إذا ادعت العكس لهذه العلة، وخرج مخرجون هذا الخلاف على تقابل الأصل والظاهر؛ [فإن الظاهر][(٢)] سفر النقلة، والأصل عدمها.

ومن الأصحاب من نفى الخلاف في المسألة، ثم هؤلاء اختلفوا:

فمنهم من قال: حيث جعل القول قوله أو قول الوارث فذاك إذا كان الاختلاف في اللفظ، وحيث جعل القول قولها مع الزوج أو وارثه فذاك فيما إذا كان الإذن في الخروج مطلقًا، واختلفا في الإرادة.

ومنهم من قال: حيث جعل القول قولها، فذاك إذا انتقل الزوج معها إلى المنزل الثاني، وحيث جعل القول قوله أو قول الوارث فذاك إذا انتقلت بنفسها.

وقيل: إن اتفقا على جريان لفظ الانتقال أو الإقامة، وقال الزوج: ضممت إليه النزهة أو شهرًا أو نحوهما، فالقول قولها.

وإن كان الإذن المتفق عليه الإذن في الخروج، لا غير، فالظاهر أن القول قوله، وفيه وجه.

وإن كان الاختلاف مع الوارث، فالقول قولها في الحالين، وقد يفهم من هذه الطريقة أن الخلاف يجري فيما إذا اتفقا على النقلة أو الإقامة، وليس فيها خلاف. نعم، أبدى الرافعي في قبول قوله فيها احتمالًا لنفسه.

فروع:

لو قال الزوج أو الوارث: لم يحصل الانتقال بالإذن، فالقول قوله.

قال الإمام: ويحتمل أن يجعل القول قولها؛ لوجه ذكر فيما لو قال صاحب اليد: أعرتني[(٣)] هذه الدار، فقال المالك: ما أعرتك-: أنه يجعل القول قول صاحب اليد[(٤)].

---

(١) في أ: يدعي. (٢) سقط في أ. (٣) في أ: يني.

(٤) قوله: فروع: لو قال الزوج أو الوارث: لم يحصل الانتقال بالإذن، فالقول قوله.
قال الإمام: ويحتمل أن يجعل القول قولها؛ لوجه ذكر فيما لو قال صاحب اليد: أعرتني هذه الدار. فقال المالك: ما أعرتك، أنه يجعل القول قول صاحب اليد. انتهى كلامه.
وما نقله عن الإمام من أنه ذكر ذلك في الصورتين ليس كما قاله؛ فإن الإمام لم يذكر ذلك إلا في الاختلاف بينها وبين الزوج، ولم يذكر الاختلاف مع الورثة. [أ و].

لو قالت: أمرتني بالانتقال عشرة أيام، وقال: بل أمرتك بالنزهة من غير ذكره مدة[١]، وقلنا: إنها تقيم المدة المأذون فيها - فإن كان الاختلاف مع الزوج فالقول قوله، وإن كان مع الوارث فالقول قولها، وهكذا الحكم فيما لو ادعت سفر النزهة، وادعى الزوج أنه قدر لها مقام مدة، وقلنا: إنها تقيم فيها، قالهما الماوردي.

قال: وإن أحرمت بإذنه، ثم طلقها، أي: أو مات عنها:

فإن كان الوقت ضيقًا، أي: تخاف فوت الحج إن أقامت لأجل العدة - مضت في الحج؛ لقوله - تعالى-: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وصفة الإتمام: إكمال ما دخل فيه، ولأنه قد تقابل عبادتان، [وأحدهما سابق][٢]، وهو الحج؛ فكان تقديمه أولى كما لو تقدمت العدة.

قال: وإن كان واسعًا - أي للأمرين- أتمت العدة، أي: ثم أتمت الحج، وهكذا حكاه - أيضًا - في «المهذب»، ووافقه صاحب «التهذيب»؛ ولأنه أكمل للجمع بينهما؛ فلم يجز إسقاط أحدهما.

والذي ذهب إليه الشيخ أبو حامد والأكثرون، وهو الأصح: أنها بالخيار بين أن تمضي في إحرامها، وبين أن تقيم حتى تنقضي العدة، ثم تخرج لقضاء النسك، وهكذا الحكم فيما لو أحرمت بالعمرة؛ لأن [مصابرة الإحرام عسير][٣]، والأولى أن تتم العدة.

ومحل الخلاف ما إذا لم تخرج بعد، أما إذا خرجت ومشت في الطريق، أتمت العدة؛ قاله مجلي، وإن كان الشيخ في «المهذب» وهاهنا لم يقيده.

وفي «الرافعي» و«التتمة» إلحاق ما إذا أحرمت قبل وجوب العدة بغير إذنه بما إذا أحرمت بإذنه.

قال: وإن وجبت العدة، ثم أحرمت، أتمت العدة بكل حال؛ لأنها أسبق؛ فلو فاتها الحج بإتمامها العدة تحللت بعمرة، وقضته.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنها تقضيه من قابل، وكذلك في «ابن يونس»؛ فلعله تفريع على وجوب القضاء على الفور.

وفي «الجيلي»: أنه إذا لم يمكن التحلل بأفعال عمرة؛ بأن تكون في بلدها

---

(١) في أ: هذه.
(٢) كذا في أ، د.
(٣) في أ: لأنها مضابرة للإحرام تحسين.

تصبر إلى السنة الثانية؛ لأنها ليست في معنى المحصر، هكذا ذكره في «التجربة النظامية» و«الحاوي».

ولو أحرمت بالحج أو العمرة، ثم تحللت، ثم وجبت العدة - فحكمها حكم ما لو سافرت بإذنه.

قال: وإن تزوجت في العدة، ووطئها الزوج، أي: الثاني على ظن الإباحة، وهي حائل، انقطعت العدة؛ لأنها صارت فراشًا للثاني، ولا يجوز أن تكون فراشًا لواحد ومعتدة من آخر؛ إذ الفراش ينافي المقصود من العدة، ويجب أن يفرق بينهما؛ لفساد النكاح.

قال: فإذا فرق بينهما، أتمت العدة من الأول، ثم استأنفت[1] **العدة من الثاني** أي: بعد انقضاء عدة الأول، أو قطعها بالرجعة إن كان الطلاق رجعيا؛ لما روي عن عمر أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ فِي عِدَّتِهَا: فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الذِي تَزَوَّجَ بِهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا- اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الأَوَّلِ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الخُطَّابِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا فُرِّقَ بَينَهُمَا، وَاعتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الأَوَّلِ، ثُمَّ اعتَدَّتْ مِنَ الثَّانِي، وَلَمْ يَنْكِحْهَا أَبَدًا»[2].

ولأنهما حقان مقصودان من جنس واحد لثابتي الحرمة؛ فلا يتداخلان؛ كالدينين، ويقدم الأول منهما؛ لتقدمه وقوته؛ فإنه يستند إلى عقد جائز وسبب مسوغ.

ومعنى قولنا: مقصودان، أن العدة تجب عليها، أرادت النكاح أو لم ترده، بخلاف الأجل.

وقولنا: لثابتي الحرمة، احترزنا به عن العدتين من شخص واحد، وعما إذا طلق حربي امرأته، فنكحت في خلال العدة، وأسلم أحدهما؛ فإن عليها عدة واحدة عن النص.

وقد نقل الفوراني: أن بعضهم خرج قولًا من هذا النص إلى المسألة قبلها [ومن المسألة قبلها][3] إلى هذه، وجعلهما على قولين، وهما ما حكاهما[4] العمراني في «الزوائد» عن طريقة الشيخ أبي حامد.

---

(١) في التنبيه: استقبلت.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٦) كتاب النكاح، باب: جامع ما لا يجوز من النكاح، برقم (٢٧)، والشافعي في مسنده، ص (٣٠١)، وعبد الرزاق (٦/ ٢١٠) برقم (١٠٥٤٠)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١/ ٢٢٠) برقم (٦٩٨)، والبيهقي (٧/ ٤٤١).

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: حكاه.

وبعضهم أقر النصين، وفرق بأن عِرْض الحربي وماله عرضة[(١)] الإبطال والنهب، بخلاف المسلم.

والصحيح هو الأول عند الإمام والقاضي الروياني، وعليه جرى الأودنى وعند البندنيجي والبغوي: أن التداخل في حق الحربيين أصح؛ جريًا على ظاهر النص.

ومعنى التداخل: أنها تكتفي بعدة واحدة من يوم إصابة الثاني، وتدخل بقية الأولى فيها.

وفيه وجه: أنها تسقط بالكلية، وهذا ما حكاه القاضي الحسين.

فرع: لو أسلمت المرأة ولم يسلم الثاني؛ فلا بد من أن تكمل العدة الأولى، ثم تعتد عن الثاني. ولو أسلمت مع الثاني، ثم أسلم الأول، وأراد الرجعة: فإن قلنا بسقوطها فلا، وإن قلنا بدخولها فنعم، كذا حكاه الرافعي.

ولو أراد الثاني أن ينكحها: فإن قلنا بدخولها فلا حتى تنقضي تلك البقية، وإن قلنا بسقوطها فنعم. أما لو وطئها الثاني وهو عالم بأنها في العدة، وأن العقد عليها حرام - فهو زنى لا يوجب العدة ولا يقطعها؛ لأنها لم تصر فراشًا.

فرع آخر: لو وطئها المطلق بعد أن وطئها الثاني، وفرق بينهما؛ فتكمل العدة الأولى، ويدخل فيها من عدة الوطء الثاني مثل ما بقي من العدة الأولى، ثم تعتد عن الثاني، ثم تأتي بما بقي من عدة الوطء، قاله القفال في «فتاويه».

تنبيه: قول الشيخ: ووطئها الزوج انقطعت العدة، يعرفك أن اختياره: أن انقطاعها يكون بالوطء، وهو الصحيح، ونسبه الإمام إلى القفال.

وقيل: بالعقد، ونسبه الإمام إلى الشاشي - أي: المروزي - وهذا يدل على أنه غير القفال[(٢)]، وقيده من عند نفسه بما إذا اتصل به الدخول، أما إذا لم يتصل فلا أثر له، وكلام غيره يقتضي إطلاقه.

---

(١) في أ: عرض.

(٢) قوله: وإن تزوجت في العدة، ووطئها الزوج الثاني على ظن الإباحة وهي حامل انقطعت العدة، ثم قال: وانقطاعها بالوطء هو الصحيح، ونسبه الإمام إلى القفال.
وقيل: إنها تنقطع بالعقد، ونسبه الإمام إلى الشاشي، وهذا يدل على أنه غير القفال. انتهى كلامه.
وهو عجيب يقتضي أنه لا قفال من أصحابنا إلا الشاشي، وليس كذلك، فإن المراد بالشاشي هو القفال أيضًا، ولكن القفال الأول هو المروزي إمام المراوزة، وهو متأخر عن القفال الشاشي، وقد أوضحته في الطبقات. [أ و].

وقيل: ينقطع بالزفاف بعد العقد والخلوة وإن لم يوجد وطء، وأبدى ألإمام في هذه ترددًا.

وقوله: فإذا فرق بينهما أتمت العدة، يعرفك أن البناء يكون من حين التفريق، وهو الأصح.

قال الإمام: وإليه نظر القفال.

ومنهم من قال: من آخر وطئه. قال الإمام: وهو قول الشاشي.

فرع: للزوج أن يراجعها بعد التفريق في عدته إن كان الطلاق رجعيًّا، وفي جواز تجديد النكاح إذاكان بائنًا(١) وجهان حكاهما المراوزة، والأصح منهما عند القفال: لا، وبه أجاب صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهما.

ومقابله هو المحكي عن الشيخ أبي حامد(٢).

قال: وإن كانت حاملًا، أي: من الأول، مثل: أن أتت به لدون ستة أشهر من حين وطء الثاني، ولدون أربع سنين من وقت الطلاق - لم تنقطع العدة؛ لأن الحمل لا يتبعض، وهو لا يجوز أن يكون من الثاني؛ فتعين أن تعتد به عن الأول.

قال: فإذا وضعت استقبلت(٣) العدة من الثاني - أي: بالأقراء- بعد مضي النفاس؛ [لتعين] ذلك لوفاء الحق.

ويجوز للزوج الأول أن يراجعها في مدة الحمل إن كان الطلاق رجعيًّا، لكن قال الروياني فيما لو كان الوطء وطء شبهة من غير نكاح: لا يجوز له ذلك في زمن اجتماع الثاني معها؛ لأنها حينئذٍ خارجة عن عدة الأول وفراشٌ لغيره، وهذا في مسألتنا أولى؛ لأن النكاح الفاسد له فراش، بخلاف وطء الشبهة، ومقتضى

---

(١) في أ: نائبًا.

(٢) قوله: فرع: للزوج أن يراجعها بعد التفريق في عدته إن كان الطلاق رجعيًّا، وفي جواز تجديد النكاح إذا كان بائنًا وجهان حكاهما المراوزة، والأصح منهما عند القفال: لا، وبه أجاب صاحب التهذيب والقاضي الروياني وغيرهما، ومقابله هو المحكي عن الشيخ أبي حامد انتهى كلامه.
وهؤلاء الجماعة المذكورون قائلون بعكس ما ذكره المصنف، فالشيخ أبو حامد قائل بالمنع، والباقون قائلون بالجواز، وهكذا ذكره الرافعي من غير زيادة ولا نقصان، فأخذ المصنف المسألة منه؛ فانعكست عليه. [أ و].

(٣) في التنبيه: استؤنفت.

ذلك في مسألتنا: أن تنقطع العدة أيضًا، لكن لا كالانقطاع السابق.

وإن كان الطلاق بائنًا فهل يجوز تجديد النكاح؟ فيه الوجهان السابقان، وهما يجريان - أيضًا - فيما لو كانت حاملًا من الثاني، وأراد الثاني نكاحها فيه، صرح به الإمام.

والفرق بين النكاح والرجعة: أن الرجعة في حكم الاستصحاب؛ ولهذا تجوز للمحرم، بخلاف النكاح، ولأنا لو لم نجوز له الرجعة لأدى إلى إبطال حقه.

ثم إذا راجع أو جدد النكاح فهل له وطؤها في زمن الحمل؟ فيه وجهان، وميل المتولي إلى أنه لا يحل، ومنهم من رجح مقابله.

ويجري الوجهان فيما لو وطئت المرأة بشبهة في صلب النكاح وهي حامل من الزوج.

ويجوز للزوج الثاني أن يتزوجها في عدته وبعد انقضائها، وفيه قول محكي عن القديم: أنها تحرم عليه على التأبيد؛ تقليدًا لقضاء عمر، ولأنه استعجل الشيء قبل أوانه؛ فعوقب بحرمانه؛ كما لو قتل مورثه.

ثم هذا القول يجرى وإن تفرقا بأنفسهما، أو يختص بما إذا فرق الحاكم بينهما كما في فرقة اللعان؟ فيه وجهان، وقد نقل الروياني إجراء هذا القول في كل وطء شبهة أفسد الفراش.

وأنكر البصريون من أصحابنا هذا القول أعلى ما حكاه الشاشي وغيره - وقالوا: إنما حكاه عن مالك، ويؤيده أن عمر - رضي الله عنه - رجع إلى قول علي أنه إذا انقضت عدتها كان خاطبًا من الخطاب؛ كما حكاه في «المهذب» عنهما.

قال: وإن وطئها الثاني، وظهر بها حمل، يمكن أن يكون من كل واحد منهما -أي: بأن أتت به لستة أشهر من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دونها من وقت الطلاق- اعتدت به عمن يلحقه- أي: بإلحاق القائف بشرطه الذي تقدم في بابه- ثم تستقبل العدة من الآخر؛ لأنه إذا ألحق بالزوج كان انقضاء العدة به؛ لأمرين:

أحدهما: أنه ولده.

والثاني: سبق حقه. وأما إذا لحق بالثاني؛ فلأنه لا يجوز أن يلحق الولد بشخص، وتنقضي به عدة غيره؛ فلأجل ذلك قدمت عدة الثاني على عدة الأول، وإنما تستقبل العدة عن الآخر؛ لتعين[1] ذلك لوفاء الحق، وهذا هو المذهب.

---

(١) في أ: يتعين.

وعن القاضي الحسين: أنها إذا كانت ترى الدم على الحمل، وقلنا: إنه حيض[١] - تنقضي به عدة الآخر، وضعفه الإمام والغزالي.

تنبيه: المراد من الاستقبال: ابتداء العدة إن كان الحمل ملحقًا بالأول، والبناء على العدة السابقة إن كان الحمل من الثاني.

فرع: هل يجوز للزوج أن يراجعها إن كان الطلاق رجعيًّا، أو يجدد النكاح إن كان بائنًا؟ يحتاج الكلام في ذلك إلى مقدمة، وهي أن الحمل إذا كان من الثاني كان للزوج الرجعة في بقية عدته إن كان الطلاق رجعيًّا، ولا فرق في ذلك بين مدة النفاس وغيرها؛ لأنها من جملة العدة؛ كالحيض الذي يقع فيه الطلاق، وفي مدة النفاس وجه: أنه لا رجعة فيها.

وإذا ثبتت الرجعة؛ فلو طلقها لحقها الطلاق، ولو مات أحدهما ورثه الآخر، وتنتقل بوفاته[٢] إلى عدة الوفاة، وهل له الرجعة قبل الوضع وتجديد النكاح إن كان بائنًا؟ فيه وجهان:

أحدهما - محكي عن أبي إسحاق، وذكر أنه الصحيح-: نعم.

والثاني - وهو الصحيح في «التهذيب»-: لا، ويروى مثله عن الماوردي.

وفي «التهذيب»: أنه إذا طلقها قبل الوضع يلحقها الطلاق، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر، وإذا مات تنتقل إلى عدة الوفاة بعد الوضع، وإن كان لا تصح رجعته؛ لأنا نجعل زمان الرجعة كزمان صلب النكاح. هكذا لفظه.

رجعنا إلى المقصود: فإن فرعنا على الوجه الذي قال به أبو إسحاق، فإذا راجعها في زمن الحمل صحت رجعته.

وإن فرعنا على الثاني لا نحكم بصحتها؛ لجواز أن يكون الحمل من الثاني، فلو بان بعد الوضع أن الحمل منه بإلحاق القائف، فهل نحكم الآن بأن الرجعة صحت وحلت محلها؟ فيه وجهان مأخوذان من الخلاف فيما إذا باع مال مورثه

---

(١) قوله: وإن وطئها الزوج في العدة بشبهة وحبلت من الوطء الثاني، وكانت ترى الدم على الحمل، وقلنا: إنه حيض، فهل تحسب عن العدة؟ فيه وجهان أظهرهما نعم، فإن قلنا: تحسب فليس للزوج الرجعة قبل ذلك. انتهى كلامه.
وصوابه: أن يقول بعد ذلك عوضًا عن التعبير بقوله قبل. [أ و].

(٢) في أ: بفواته.

على ظن أنه حي، فبان ميتًا، والأظهر الحكم بالصحة، قاله الرافعي.

ولو راجع بعد الوضع فيما يمكن أن يكون من عدة غيره، لا نحكم بصحتها؛ لجواز أن يكون الحمل منه؛ فإن ألحقه القائف بالثاني ففي الحكم بصحة الرجعة الوجهان.

ولو راجع في حال الحمل وفيما يمكن أن يكون من عدته، ففي صحة الرجعة وجهان، أصحهما - وبه قال القفال-: الصحة.

ولو أراد أن يجدد النكاح: فإن قلنا: إن ثبوت عدة الغير في ذمتها يمنعه من تجديد النكاح في عدته لم يصح.

وإن قلنا: إنه لا يمنع، فالحكم فيه كما في الرجعة سواء؛ إلا أن الوجه الذي ذهب إليه القفال وصُحِّحَ[1] قال الإمام: الصحيح هاهنا: مقابله.

فرع آخر: إذا ألحقه القائف بهما، أو نفاه عنهما، أو أشكل عليه، أو لم تكن قافة - لزمها أن تعتد بعد وضع الحمل بثلاثة أقراء؛ إذ بذلك تخرج عما عليها بيقين، وهذا إذا لم تحض على الحمل، أو حاضت على الصحيح.

تنبيه: ذكر الشيخ - رحمه الله- في الحمل حالتين:

إحداهما[2]: أن يكون من الزوج الأول.

والثانية: أن يمكن أن يكون من كل واحد منهما، وهي تشتمل على صورتين:

إحداهما[3]: أن يلحقه القائف بالأول.

والثانية: أن يلحقه بالثاني، وبهذه يظهر الحكم في حالة أخرى، وهو إذا أمكن أن يكون من الثاني دون الأول؛ بأن تأتي به لستة أشهر فما فوقها إلى أربع سنين، ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول إن كان بائنًا، وكذا إن كان رجعيًا - على أحد الوجهين- بناء على أن الولد لا يلحقه، فإن الحكم فيها ما تقدم.

وأما إذا قلنا: إنه يلحقه؛ فهو كما لو أمكن أن يكون من كل منهما.

ووراء ذلك حالة أخرى، وهي إذا لم يمكن أن يكون من واحد منهما؛ بأن أتت به لدون ستة أشهر من نكاح الأول، أو من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين من حين الطلاق.

وقد قال الماوردي فيها: إن الطلاق إن كان بائنًا لم يلحق بواحد منهما، ولم

(١) في أ: وصححه. (٢) في أ: أحديهما. (٣) في أ: إحديهما.

تنقض به عدة واحد منهما باتفاق أصحابنا.

وإن كان الطلاق رجعيًا، فعلى قولين:

أحدهما: أن الحكم كذلك؛ فعليها بعد الوضع أن تتم عدة الأول، ثم تستأنف عدة الثاني.

والقول الثاني: أن الولد يلحق بالأول، وتنقضي به عدته، ثم تستأنف عدة الثاني.

وحكى الشيخ في «المهذب» وغيره في أصل المسألة وجهين، وكذلك الماوردي في باب اجتماع العدتين، وإن كان حكى في موضع آخر ما حكيناه عنه أولًا:

أحدهما - وهو الأشبه-: أنها لا تعتد به عن واحد منهما، وهو ما حكاه القاضي الحسين، ويحكى عن الشيخ أبي حامد - على ما حكاه ابن الصباغ.

فعلى هذا: يكون الحكم - كما ذكره الماوردي في الوجه الأول.

والثاني: أنها تعتد به عن واحد لا بعينه، ثم إذا وضعت اعتدت عن الآخر بثلاثة أقراء؛ لإمكان كونه من أحدهما بوطء شبهة يفرض[1] بعد الطلاق [أو يفرض][2] من وطء قبل وطئه الظاهر، والإمكان كاف في انقضاء العدة، وهذا ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا؛ قياسًا على ما لو علق طلاقها بالولادة، فولدت، ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر من ولادة الأول؛ فإنه منفي عنه، وتنقضي عدتها به، وهذا قد حكيناه في باب ما يلحق من النسب، وعزاه الرافعي والماوردي، والإمام إلى الشيخ أبي حامد، وقال الإمام: إنه[3] الصحيح عند أئمة المذهب؛ فإن[4] المعتمد في انقضاء العدة الإحبال، وهو [مستحق][5] في حق كل واحد منهما.

ووجهه الشيخ في «المهذب»: بأن أحدهما لو أقر به للحقه؛ فانقضت به العدة؛ كالمنفي باللعان، وفيما قاله نظر من وجهين:

أحدهما: أن الماوردي حكى عند الكلام فيما إذا طلقها طلاقًا بائنًا ثم أتت بولد لأكثر من أربع سنين: أن العدة عنده تنقضي بالشهور، أو الأقراء التي كانت

(١) في د: يعرض.
(٢) في أ: ويفرض، وفي د: ويعرض.
(٣) في أ: إن.
(٤) في د: بأن.
(٥) سقط في د.

قد اعتدت بها؛ لأن ما انتفى عنه لعدم الإمكان امتنع أن تنقضي به العدة؛ كزوجة الصغير إذا ولدت بعد موته عنها تعتد بالشهور.

فإن قالوا: ولد الصغير لا يلحق به [إذا ادعاه.

قيل: كذلك هذا الولد لا يلحق به][١] لو ادعاه؛ كما لا يلحق بالزاني ما لم يدع نكاحًا أو شبهة، وهذا يخالف ما حكاه الشيخ مطلقًا.

الثاني: أن ولد الملاعنة قد نفاه باللعان مع إمكانه، وهذا نفاه الشرع؛ لاستحالته؛ فافترقا.

فرعان:

أحدهما: إذا لم تعتد بالحمل عن واحد منهما، وكانت ترى الدم، وقلنا: إنه حيض - فهل يحتسب بأقرائها؟ فيه وجهان، أشبههما: الاحتساب، وهو ما أورده ابن الصباغ، وللزوج الرجعة بعد الوضع في بقية عدته، وهل له الرجعة في حال الحمل؟ فيه الوجهان السابقان.

الثاني: إذا قلنا: تنقضي بوضع الحمل إحدى العدتين، فراجعها الأول في مدة الحمل، أو في الأقراء بعد الوضع - لم يحصل[٢]، وإن راجعها مرة في الحمل ومرة في الأقراء، ففي صحة الرجعة وجهان محكيان عن «الحاوي»، وهما كالوجهين السابقين.

فرع: إذا وطئت المنكوحة بالشبهة فإنها تعتد عن [هذا][٣] الوطء، فلو طلقها الزوج ولم تكن حاملًا من وطء الشبهة، فهل تستمر على عدة الشبهة، أو تستقبل عدة الطلاق، ثم تبني على عدة الشبهة؟ فيه وجهان، أظهرهما في «تعليق» القاضي الحسين: الثاني. ولو لم يطلقها الزوج، لكن وطئها وهي في عدة الشبهة - فهو حرام، ولا يقطع وطؤه عدة الشبهة؛ لأن وطء الزوج لا يوجب العدة؛ فلا يقطع العدة؛ كما لو زنت المعتدة، قاله القفال في «فتاويه».

وهل يحرم عليه التلذذ بها؟ فيه وجهان محكيان في الاستبراء.

وما حكاه الرافعي في باب[٤] القسم والنشوز - قبل الفرع الأول-: من أنه لا يجوز له الخلوة معها، يجوز أن يكون إذا كانت حائلًا، أو بناء على أنه لا يحل له التلذذ بها.

(١) سقط في د.
(٢) في د: يحل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: كتاب.

قال: وإن وطئها الزوج في العدة بشبهة - أي: وكانت بالأشهر أو الأقراء - دخلت فيها البقية؛ لأنهما من جنس واحد ومن شخص واحد؛ فلا معنى للتعدد.

وقيد الشيخ الوطء هاهنا بالشبهة؛ وكذلك الغزالي في «الوسيط»؛ لأمرين:

أحدهما: أن تصور المسألة بوطء لا إثم فيه.

الثاني: أن الوطء إذا كان بشبهة شمل المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي، ولو لم يذكر الشبهة لكان مختصا بالطلاق الرجعي؛ إذ لا فرق فيه بين العلم بتحريم الوطء أو الجهل به؛ لأنه وجد في نكاح متشعث(١)؛ فالعدة في نفسها شبهة.

وأما إذا كان بائنًا وهو عالم بالتحريم، فيكون الوطء زنى لا أثر له، والله أعلم.

قال: وله الرجعة فيما بقي من العدة الأولى، أي: إن كان الطلاق رجعيًّا؛ لأنها من عدة الطلاق الرجعي.

وسكت الشيخ عن تجديد النكاح؛ لظهور جوازه فيه وفي غيره إذا لم يكن قد استوفى عدد الطلاق.

وحكى عن الحليمي أن بقية عدة الطلاق تسقط، وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء.

قال الرافعي: وقياسه ألا تثبت الرجعة في البقية، لكن الإجماع صد عنه، وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم.

قلت: قد حكيت عنه من قبل فيما إذا وجب عليها عدتان لشخصين؛ وقلنا: تكتفي بعدة واحدة، وإن بقية العدة الأولى تسقط - أنه لا رجعة له؛ وكذا سيأتي مثله فيما إذا حملت من وطئه في العدة؛ فكيف يحسن ادعاء الإجماع بعدم جريانه.

وقيل: الواجب عليها الاعتداد ببقية عدة الطلاق، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة(٢) أقراء، أو ثلاثة شهور.

وفي «ابن يونس» حكاية وجه عن(٣) الخراسانيين: أنه يكتفى ببقية العدة الأولى(٤).

قال: وإن حبلت من الوطء الثاني، فقد قيل: تدخل فيها البقية؛ لأنهما من واحد، فأشبه المتجانستين، وهذا هو الأشبه والأصح في «الجيلي».

قال: وله الرجعة إلى أن تضع؛ لأنها في عدة الطلاق الرجعي، والحمل لا يتبعض.

---

(١) في أ، د: متشعب.
(٢) في أ: ثلاث.
(٣) في أ: عند.
(٤) في أ: الأول.

وفيه وجه حكاه البغوي والرافعي: أنه لا رجعة له؛ بناء على أن عدة الطلاق قد سقطت، وهي الآن معتدة عن الوطء، وهذا ما أشرت إليه من قبل.

فإن قلنا بثبوت الرجعة ثبتت جميع الأحكام المتعلقة بها، وإلا فلا تثبت.

قال: وقيل: لا تدخل؛ لأنها جنسان فلا يتداخلان، كما لو زنى وهو بكر، ثم زنى وهو ثيب.

قال: فتعتد بالحمل عن الوطء؛ لأنه منه، فإذا وضعت أكملت عدة الطلاق بالأقراء؛ إذ هو الممكن، وله الرجعة في الأقراء، وكذا في زمن النفاس؛ لأنها في عدة الطلاق.

قال: وهل له الرجعة في الحمل؟ قيل: له الرجعة؛ لأنه زمان لم تكمل فيه عدة الطلاق بالأقراء، وهذا هو الأصح في «الجيلي».

وقيل: ليس له؛ لأنها في عدة وطء الشبهة، وكذا الخلاف في النفقة.

وقيل: يجب وجهًا واحدًا.

ولو وطئت بالشبهة وهي حامل من النكاح فهل تدخل عدة الشبهة في العدة الأولى؟ فيه الوجهان.

فإن قلنا بعدم الدخول فتعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء، وله الرجعة في الحمل دون الأقراء.

ولو لم يُدْرَ(١) أن الحمل من النكاح أو من الوطء في العدة، وقلنا بعدم التداخل - لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة أقراء، ولا يخفى حكم الرجعة مما تقدم في الفروع.

وهذا كله إذا لم تر الدم على الحمل، أو رأته وقلنا: إنه ليس بحيض، أما إذا قلنا: إنه حيض فهل يحسب من العدة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، وبه قال الشيخ أبو حامد، وهو الذي حكاه في «المهذب» و«الشامل» و«التهذيب» موافقًا فيه القاضي الحسين؛ لأن البراءة معلومة، والحكم بعدم التداخل مع اتحاد الشخص ليس إلا للتعبد، رعاية لصورة العدتين، وقد حصل.

[و](٢) مقابله: هو قول الشيخ أبي محمد، وإليه مال الإمام.

فإن قلنا: تنقضي، فلو كان الحمل حادثًا من الوطء، ومضت الأقراء قبل الوضع - فقد انقضت عدة الطلاق، [وليس للزوج الرجعة قبل ذلك؛ فلو وضعت

---

(١) في د: تدر.
(٢) سقط في أ.

الحمل قبل تمام الأقراء فقد انقضت عدة الوطء][1] وعليها بقية عدة الطلاق، قال في «التهذيب»: وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام البقية بلا خلاف.

واعلم أن ما ذكرناه مصور بما إذا لم يستمر منه هذا الأمر، ولم يعاشرها معاشرة الأزواج، [أما إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج][2] بعد الطلاق، مثل: أن يخلو بها ليلًا ويؤاكلها ويفاخذها ويقبلها، ولم يطل زمن المفارقة:

فإن انضم إلى ذلك الوطء، وكان الطلاق بائنًا، وهو عالم بالتحريم - لم يمنع ذلك من انقضاء العدة. وإن كان رجعيًّا.

قال في «التتمة» و«تعليق» القاضي الحسين: لا تشرع في العدة ما دام يطؤها، قال القاضي: قولًا واحدًا.

وإن لم يوجد منه وطء ففي انقضاء العدة وجهان أطلقهما المتولي من غير فصل بين الطلاق البائن والرجعي، وكذلك الغزالي في «الوسيط»، وحكى عن المحققين: أن القياس الاحتساب، ثم حكى عن القاضي الفرق بين أن يكون الطلاق رجعيًّا فيمتنع، أو بائنًا فلا يمتنع، وبهذا الوجه أخذ القفال، وأجاب البغوي، والقاضي الروياني في «الحلية»[3].

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) قوله: أما إذا كان يعاشر الرجعية معاشرة الأزواج من غير وطء، مثل أن يخلو بها ليلاً ويؤاكلها ويقبلها، فهل تنقضي العدة؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: تنقضي عدة المطلقة البائنة دون الرجعية.
ثم قال: وعلى القول بعدم انقضاء العدة، فذاك بالنسبة إلى لحوق الطلقة الثانية والثالثة، أما بالنسبة إلى ثبوت الرجعة فلا، كذا قاله الفراء في فتاويه -يعني: البغوي- وفي فتاوي القفال ما يوافقه، وصرح به الروياني في الحلية. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن هذا الذي نقله عن فتاوى البغوي وغيره وأقره عليه، ولم ينقل خلافه يقتضي أنه الموجود في الفتاوى المذكورة لا غير، وأن الحكم في المسألة كذلك أيضًا، وليس الأمر فيهما على ما زعم، ويظهر الأمر أن يذكر ما قاله في الفتاوى في المسألة، فيقول: قال فيها ما نصه: قال أصحابنا: لا نحكم بانقضاء العدة وإن مضت لها أقراء وله الرجعة قال شيخنا: والذي عندي أنه لا يحكم بالانقضاء كما ذكروه، ولكن بعد مضي الأقراء لا رجعة أخذًا بالاحتياط في الجانبين، هذا كلام البغوي، وقد ظهر منه ثبوت الخلاف في صحة الرجعة، وأن المعروف صحتها على خلاف المنقول عنه هاهنا.
الأمر الثاني: أن ما نقله المصنف عن حلية الروياني من عدم ثبوت الرجعة غلط، فإنه لم يتعرض فيها للكلام على المراجعة بالكلية لا نفيًا ولا إثباتًا، وإنما تكلم في الطلاق وقال: إنه يقع، والموقع للمصنف في هذه الأمور هو التباس وقع في كلام الرافعي، وقد أشبعت الكلام عليه في المهمات فليطلب منه. [أ و].

وأجرى هذا الخلاف فيما إذا طلق زوجته الأمة، وأخذ السيد في معاشرتها، هل يمنع ذلك من الاحتساب بالعدة؟

أما إذا طال زمان المفارقة، ثم جرت[1] خلوة - ففيه احتمالان:

أحدهما : تنقطع العدة.

وأشبههما : البناء على ما مضى.

ثم على القول بعدم انقضاء العدة فذاك بالنسبة إلى لحوق الطلقة الثانية والثالثة.

أما بالنسبة إلى ثبوت الرجعة فلا تثبت بعد مضي ثلاثة أقراء بعد الطلاق، كذا قاله الفراء في «الفتاوى»، وفي «فتاوى» القفال ما يوافقه، وصرح به الروياني في «حليته».

فرع محكي عن «فتاوى» البغوي: إذا طلق زوجته ثلاثًا، ثم تزوجها في عدته، ظانًّا أنها تزوجت بغيره بعد انقضاء عدتها - فينبغي أن يقال: زمان استفراشه إياها كزمان استفراش الرجعية.

ولتعلم أن ما ذكرناه فيما إذا كانت المطلقة حائلًا، أما إذا كانت حاملًا فلا أثر لذلك.

قال: وإذا راجع المعتدة، أي: بغير الحمل في أثناء العدة، ثم طلقها قبل الدخول - استأنفت العدة في أصح القولين، وهو اختيار المزني على المشهور؛ لقوله - تعالى-: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهذه مطلقة، ولأن الرجعة رفعت تحريم الطلاق؛ فارتفع بها حكم الطلاق، وصار الطلاق الثاني هو المختص بالتحريم؛ فوجب أن يكون مختصًّا بوجوب العدة بعد التحريم؛ كما لو ارتدت بعد المسيس ثم أسلمت، ثم طلقها؛ فإنها تستأنف العدة.

وحكى الشاشي عن المزني: أنه لا عدة عليها.

قال:وبنت في القول الثاني - وهو القديم - لأنه لما ملك الرجعة في الطلاق الثاني بسبب الإصابة في النكاح الأول وجب أن تبني عدة الطلاق الثاني على عدة الطلاق الأول؛ فعلى هذا لا يحسب زمن الرجعة من العدة.

وإذا كانت الرجعة في خلال طهر، مثل: أن راجعها في الطهر الثالث فهل يحسب ما مضى قرءًا؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو الذي نسبه الغزالي إلى القفال-: نعم.

فعلى هذا: لا شيء عليها والصورة هذه.

---

(١) في أ: خرجت.

والثاني: لا، وعليها قرء ثالث، وهذا ما نسبه الغزالي إلى الشيخ أبي محمد. والروياني عكس النسبة.

والظاهر من الخلاف: الثاني، وهو الذي أورده المتولي.

أما إذا كانت العدة بالحمل انقضت العدة بوضعه، فلو كان الطلاق بعد الوضع: فإن[١] مسها - إما قبل الوضع، أو بعده - فعليها استئناف العدة بالأقراء.

وإن لم يمسها، فإن قلنا: الحائل تستأنف، فكذلك هذه، وإلا فوجهان:

أظهرهما: أنها تستأنف.

والثاني: لا عدة عليها، ولا يجري هذا الوجه في الأقراء والأشهر.

فرع: لو راجعها، ثم خالعها: فإن قلنا: إن الخلع طلاق، فهو كما تقدم، وإن قلنا: فسخ، فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك.

والثاني: أنها تستأنف، كذا حكاه الماوردي والبندنيجي، وفي «المهذب» و«الشامل».

وحكى الإمام عن العراقيين القطع بأنها تبني، وهي طريقة حكاها ابن الصباغ فيما إذا فسخت الأمة بسبب العتق، وهذا الخلاف يجري في سائر الفسوخ.

ولو طلق الرجعية في العدة بنت، على إحدى الطريقين، وهي التي قال بها أبو إسحاق، ورجحها غير واحد من الأصحاب.

والطريق الثانية: أنها على القولين كما لو تخللت الرجعة، وبها قال الإصطخري وابن خيران، ورجحها القفال، والظاهر البناء وإن ثبت الخلاف.

قال: [illegible]، أي: في النكاح الثاني فقد قيل: تبنى على العدة. قال الإمام: بلا خلاف، والماوردي: قولًا واحدًا؛ لأن الطلاق الثاني لا يوجب العدة؛ لكونه قبل الدخول، وعليها بقية العدة الأولى؛ فوجب عليها أن تأتي بها خشية من اختلاط المياه واشتباه الأنساب.

قال: [illegible]

[illegible] تبني، ووجهه ما ذكرناه.

[illegible] تستأنف، وهذا لم نره إلا في هذا الكتاب، وهو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله - وقد يوجه بأنها لما كانت في العدة أمكن أن يكون ذلك سببًا في تأثير الطلاق

---

[١] في د: بأن.

زيادةً في العدة، كما قيل فيما إذا عتقت الأمةُ في عدة من طلاق بائن؛ فإنها تتم عدة حرة على قولٍ، لما ذكرناه.

ولو خالعها - والحالة هذه - قال البندنيجي: فإن قلنا: إنه طلاق، بنت أيضًا، وإن قلنا: فسخ، فعلى طريقين، منهم من قال: تستأنف هاهنا؛ لأنهما جنسان. هذا آخر كلامه، فيما وقفت عليه، فإن صحت النسخة فهو مقارب لما ذكره الشيخ، ومشكل أيضًا.

ولو طلقها بعد الدخول في الثاني استأنفت بلا خلاف، وتدخل فيها البقية.

ولو مات فهل تدخل البقية في عدة الوفاة؟ فيه وجهان.

وفي «التهذيب» وغيره: أنها تسقط؛ كما لو مات عن رجعية.

ثم هذا كله إذا صححنا نكاح المختلعة لمطلقها، وهو المذهب، وإذا قلنا: إن النكاح يقطع العدة الأولى، وهو الصحيح، أما إذا قلنا بمذهب المزني، وهو أن نكاح المختلعة لا يصح له كما لا يصح من غيره، أو بمذهب ابن سريج[(١)]: أن العدة لا تنقطع بالنكاح ما لم يوجد الوطء؛ كما لو تزوجها أجنبي - فلا تتصور المسألة.

وقد أفسد الأصحاب مذهب المزني؛ بأن نكاح غيره يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وذلك لا يوجد فيه.

ومذهب ابن سريج[(٢)]؛ بأن الزوجية مع العدة منه لا تجتمعان، ولا كذلك الأجنبي؛ فإن نكاحه ليس بصحيح حتى يثبت له فراش[(٣)] قبل الوطء.

ثم خلاف ابن سريج[(٤)] يجري فيما لو طلق زوجته الأمة، ثم اشتراها؛ فإن المذهب أن العدة تنقطع بالشراء، وعند ابن سريج[(٥)] لا تنقطع ما لم يوجد الوطء، كذا حكاه في «التتمة»، وسنذكر بقية الكلام فيه في باب الاستبراء، إن شاء الله تعالى.

فرع: لو وطئ امرأة بشبهة، فحملت منه، ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها بعد الدخول - فهل تنقضي عدة الطلاق بوضع الحمل؟ فيه الوجهان المحكيان عن ابن سريج فيما لو مات قبل الوضع والحالة هذه، هل تنقضي بالوضع عدة الوفاة؟ أحدهما: لا تنقضي حتى يمضي أقصى الأجلين من وضع الحمل ومن عدة الوفاة.

قال: وإذا اختلفا في انقضاء العدة بالأقراء، فادعت انقضاءها في زمن يمكن

---

(١) في أ: شريح.
(٢) في أ: شريح.
(٣) في أ: قرائن.
(٤) في أ: شريح.
(٥) في أ: شريح.

انقضاء العدة فيه - فالقول قولها، أي: مع يمينها؛ لقوله - تعالى-: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] حَرَّجَ(١) عليهن في الكتمان كما حرج على الشهود في كتمان الشهادة بقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَٰدَةَ ...﴾ [البقرة: ٢٨٣] إلى آخرها، ثم الشاهد يجب قبول قوله؛ فكذلك قبول قول النساء. ولأن ذلك لا يطلع عليه إلا من جهتها؛ فوجب قبول قولها فيه عند إمكان صدقها، كما يجب على التابعي قبول ما يخبر به الصحابي عن رسول الله ﷺ حين لم [يكن له سبيل إلى الاطلاع عليه إلا من جهته.

وأقل زمان](٢) يمكن انقضاء عدة الحرة فيه بالأقراء إذا كان الطلاق في طهر: اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان: لحظة بعد الطلاق طهرًا، ثم يوم وليلة حيض، ثم خمسة عشر يومًا طهرًا، ثم يوم وليلة حيض، ثم خمسة عشر يومًا طهرًا، ثم لحظة الطعن في الحيض. وهذا على المذهب، ويجيء من تفريع ما حكيناه من قبل وجهان آخران:

أحدهما: اثنان وثلاثون يومًا ولحظة؛ بناء على ما خرجه ابن سريج، وهو: إسقاط الأولى، وقد صرح به الإمام.

والثاني: ثلاثة وثلاثون يومًا ولحظة؛ بناء على اعتبار مضي يوم وليلة من الحيضة الثالثة.

وإن جمعنا بين ما خرجه ابن سريج وبين هذا كان أقل المدة ثلاثة وثلاثين يومًا لا غير.

وإن جعلنا أقل الحيض يومًا بغير ليلة، نقصت(٣) المدة في كل تقدير ليلة.

وإن كان الطلاق في حيض فأقل الزمان سبعة وأربعون يومًا ولحظة، على الصحيح؛ لأنه يقدر وقوع الطلاق [في آخر الحيض، ثم تطهر خمسة عشر يومًا، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يومًا](٤)، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يومًا، ثم ترى الدم، وعلى ما عداه لا يخفى التفريع.

وهذا إذا لم تكن مبتدأة، أما إذا كانت مبتدأة، وطلقت قبل أن تحيض، ثم ظهر حيضها، فيبنى أمرها على أن القرء هو المحتوش أم لا؟ فإن لم نشترط الاحتواش فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها، وإن اشترطناه فأقل مدة الإمكان في حقها

---

(١) في أ: خرج.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: نقضت.
(٤) سقط في د.

- على الصحيح - ثمانية وأربعون يومًا ولحظة، وذلك بأن تطلق في آخر جزء من طهرها.

وأما الأمة، فأقل زمان يمكن انقضاء عدتها فيه بالأقراء إذا كانت طاهرة ستة عشر يومًا ولحظتان: لحظة بعد الطلاق، ثم يوم وليلة حيض، ثم خمسة عشر يومًا طهر، ثم لحظة الطعن في الحيض. وهذا على المذهب، ولا يخفى خلافه من الوجوه فيما(١) تقدم.

وإن طلقت في الحيض [فأحد وثلاثون](٢) يومًا ولحظة، على الصحيح.

وإن طلقت ولم تحض قط، ثم ظهر بها الدم بعد الطلاق، وقلنا: القرء: الطهر المحتوش بدمين - فأقل مدة الإمكان في حقها اثنان وثلاثون يومًا ولحظة.

وإن طلقت في الحيض فالأقل أحد وثلاثون يومًا ولحظة.

وهذا كله إذا لم يكن ثم نفاس، أما إذا كان مثل(٣) أن علق طلاق الحرة بولادتها، فإن قلنا: إن الدم الذي تراه المرأة في الستين يجعل حيضًا، وهو الأظهر، فأقل مدة تصدق فيها سبعة وأربعون يومًا ولحظة كما لو طلقت في الحيض، وإن لم يجعل حيضًا فلا تصدق فيما دون اثنين وتسعين يومًا ولحظة ستون منها مدة النفاس، ويحسب ذلك قرءًا، وبعدها حيضتان وطهران، واللحظة للطعن في الحيضة الثالثة، هكذا ذكره في «التهذيب».

ولم يعتد صاحب «التتمة» بالنفاس قرءًا، واعتبر مضي مائة وسبعة أيام ولحظة، وهي مدة النفاس ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين، واللحظة للطعن [في الحيضة](٤).

وأما الأمة فلا يخفى عليك - بعد تأمل ما ذكرناه - أقل مدتها والحالة هذه.

إذا تقرر ذلك، فلو ادعت انقضاء العدة قبل ذلك فقولها مردود؛ لاستحالته، ثم فيه وجهان حكاهما الماوردي:

أحدهما: إذا استكملت أقل الممكن انقضت عدتها، ولم تستأنف الدعوى؛ لدخول ذلك في دعوى الأول، وهذا ما قاله الشيخ أبو حامد، على ما حكاه ابن الصباغ وغيره، وأبداه القاضي الحسين احتمالًا، وقطع به الشيخ أبو محمد.

والثاني: لا تنقضي العدة ما لم تستأنف الدعوى، وهذا ما رجحه الإمام.

---

(١) في د: ما.
(٢) في أ: واحد، وثليثون.
(٣) في أ: قبل.
(٤) سقط في د.

وحكى القاضي أبو الطيب: أنها إن كانت مقيمة على ما أخبرت[1] به أولًا لم تنقض عدتها.

وإن قالت: ذهلت في الإخبار، والآن انقضت عدتي، قبل قولها، وهذا ما صححه ابن الصباغ.

ولو أشكل الحال، فلم يُدر هل كان الطلاق في طهر أو حيض، فالقول قولها فيه.

فإن ادعت وقوعه في الحيض فهو أغلظ؛ فيقبل قولها فيه، ولا يمين إن أكذبها الزوج.

وإن ادعت وقوعه في الطهر، فيقبل قولها - أيضًا - وللزوج إحلافها إن أكذبها، كذا قاله الماوردي.

ثم ما ذكرناه فيما إذا ادعت أن ذلك عادتها، أما لو ادعت أن عادتها أن تحيض خمسة أيام مثلًا من الشهر وتطهر عشرين يومًا، فلا يخلو حالها من أن تدعي تغير العادة أو لا، فإن [لم][2] تدع تغير العادة، فإن كان طلاقها في طهر فأقل ما تنقضي به العدة خمسون يومًا وساعة، وإن كان في حيض فتسعون يومًا وساعة. فلو ادعت في أحد الطلاقين أقل من ذلك لم يقبل منها إن كانت باقية على عادتها، وإن ادعت انتقال عادتها في الحيض إلى أقله وكذلك في الطهر، ففي قبول قولها وجهان:

أحدهما - وهو قول أكثر الأصحاب -: القبول؛ لإمكانه.

والثاني - وهو قول أبي سعيد الإصطخري -: أنه لا يقبل قولها في الانتقال عن العادة، هكذا حكاه الماوردي.

وفي «تعليق القاضي الحسين»: أن الوجه الثاني أظهر، وعليه يدل النص في «الكبير»، أي: «الأم». وعن الشيخ أبي محمد: أنه المذهب.

قال القاضي الروياني: «وهو الاختيار في هذا الزمان، وإذا قالت لنا امرأة: انقضت عدتي، فالواجب أن نسألها عن حالها: كيف الطهر؟ وكيف الحيض؟ ونحلفها عند التهمة؛ لكثرة الفساد»، هذا لفظه.

فإن ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور، وأنكر الزوج، فالقول قوله؛ لأنه اختلاف في وقت الطلاق.

---

(١) في أ: اجترت.

(٢) سقط في أ.

ولو قال: طلقتك في رمضان، فقالت: بل في شوال - آخذناها بذلك، وقد تقدم طرف من الكلام في الاختلاف في العدة في باب الشرط في الطلاق، فليطلب منه.

قال: وإن اختلفا في إسقاط جنين تنقضي به العدة، فادعت ما يمكن انقضاء العدة به - أي: مع كونها تحيض - فالقول قولها؛ لما سبق، ولا تكلف إحضار السقط؛ لأنها لو أحضرته لم يعلم أنه منها إلا بقولها، قاله الماوردي.

فأما إذا كانت ممن لا تحيض، فظاهر كلام الرافعي: أنه لا يقبل قولها؛ لأنه جعل كونها تحيض شرطًا في قبول قولها، وعلله بأن من لا تحيض لا تحبل.

واعلم أن كلام الشيخ يقتضي[1] أمرين:

أحدهما: أن تكون صورة المسألة ما إذا اتفقا على وضع شيء، واختلفا في أنه مما تنقضي به العدة أم لا، وبهذا صور الجيلي مسألة الكتاب.

والثاني: أن تكون صورتها ما إذا اختلفا في أصل الوضع، فادعته المرأة، وأنكره الرجل.

والقول في الصورتين قولها، غير أن القاضي الحسين في «التعليق» قيد قبول قولها في الصورة الثانية بما إذا كانت غائبة وحكى الشيخ أبو محمد فيها[2] وجها: أنه لا يقبل قولها.

ثم أقل زمان تصدق فيه إذا اعتبرنا التخطيط، وادعت أنها وضعته مخطَّطًا - مائة وعشرون ولحظتان من يوم النكاح؛ لحظة لإمكان الوطء، والثانية لإسقاطه فيها، ومائة وعشرون يومًا لوقت المقام في البطن؛ فإنه روي عن ابن مسعود أنه - عليه السلام - قال: «بَدْءُ خَلْقِ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ [يَوْمًا][3] نُطْفَةً، وأَرْبَعِينَ يَوْمًا عَلَقَةً وأَرْبَعِينَ يَوْمًا مُضْغَةً، ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا، فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ، وَيَكْتُبُ أَجَلَهُ، وَرِزْقَهُ، وَشَقِيٌّ أَمْ سَعِيدٌ»[4].

وإن لم نعتبر التخطيط، وادعت أنها وضعته غير مخطط - فأقل زمان تصدق فيه ثمانون يومًا ولحظتان من يوم العقد، كذا قاله القاضي الحسين.

---

(١) في د: يحتمل. (٢) في أ: فيهما. (٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه البخاري (٦/ ٣٥٠) كتاب بدء الخلق، باب: ذكر الملائكة، برقم (٣٣٣٢)، ومسلم (٤/ ٢٠٣٦، ٢٠٣٧) كتاب القدر، باب: كيفية خلق الآدمي، برقم (١/ ٢٦٤٣).

وذكر الماوردي: أن [إمكانه][(١)] أن يكون بعد ثمانين يومًا من وطئه، أي: من حين إمكان وطئه.

ولو ادعت أنها ولدت ولدًا كاملًا، ففي [قبول قولها][(٢)] وجهان:

أحدهما: يقبل؛ كما في السقط والحيض، وهذا أظهر عند الرافعي وغيره، كما حكاه في كتاب الرجعة.

فعلى هذا: يعتبر أن يمضي بعد النكاح ستة أشهر ولحظتان: لحظة لإمكان الوطء، ولحظة للولادة، وستة أشهر أقل مدة الحمل.

والثاني - ذكره أبو إسحاق، وادعى الإمام أنه المشهور-: أنه لا يقبل؛ لأن الولادة مما يمكن الإشهاد عليها؛ فإن الغالب أن المرأة إذا طلقت شهدها القوابل، وليس كونها مشهودة مما يندر، بخلاف إسقاط الجنين؛ فإن ذلك يفجؤها[(٣)]؛ فتصير دعواها فيه بمثابة دعواها الحيض.

وفي «الذخائر»: أن أصحابنا قالوا: هو[(٤)] متروك على أبي[(٥)] إسحاق.

وفي «الرافعي» في كتاب الرجعة حكاية[(٦)] وجه فيما إذا ادعت وضع ولد ميت، ولم تظهره: أنها لا تصدق.

ثم هذا كله بالنسبة إلى انقضاء العدة، وأما بالنسبة إلى ثبوت النسب والاستيلاد إذا ادعت الأمة الولادة فلا بد من البينة.

وحكى المحاملي والرافعي في كتاب اللعان أنه: هل يعرض على القائف[(٧)] معها؟ فيه وجهان، فإذا ألحقه القائف بها لحق الزوج أيضًا.

وفي «النهاية» في كتاب اللعان - أيضًا-: أن القائف[(٨)] لو ألحقه به هل ينزل منزلة البينة على ثبوت الولادة؟ على وجهين ذكرهما بعض المصنفين، وأصحهما: أن الولادة لا تثبت.

وحكى بعده: أنه لو علق الطلاق بولادتها، فادعت أنها ولدت - لا يقبل قولها[(٩)] إلا على رأي ابن الحداد.

قال: وإن اختلفا: هل طلق قبل الولادة أو بعدها، أي: مثل أن اتفقا على

(١) في أ: إمكان.
(٢) في أ: قبولها.
(٣) في د: فجأها.
(٤) في أ: بين.
(٥) في أ: أي.
(٦) في أ: فيها من.
(٧) في أ: القابضه.
(٨) في أ: العا.
(٩) في أ: قولنا.

الوضع في يوم الجمعة مثلًا، وتدعي هي الطلاق يوم الخميس، ويدعيه الزوج يوم السبت - فالقول قوله؛ لأن الطلاق من فعله، فرجع إليه في وقته كما يرجع إليه في أصل وقوعه، مع أن الأصل عدم وقوع الطلاق قبل يوم السبت.

قال: وإن اختلفا: هل ولدت قبل الطلاق أو بعده، أي: مثل أن يتفقا [على][1] أن الطلاق وقع في يوم الجمعة مثلًا، وادعت أنها ولدت في يوم السبت، وادعى الزوج أنها ولدت في يوم الخميس - فالقول قولها؛ لأنها أعرف بحالها، والأصل عدم الولادة قبل يوم السبت.

قال: وإن اختلفا: هل انقضت عدتها [بوضع][2] **الحمل أم لا، فقال الزوج: لم تنقض عدتك بوضع الحمل فعليك أن تعتدى بالأقراء، وقالت**[3]**: بل انقضت** - وصورة ذلك: أن يتفقا على وجود الوضع والطلاق، وتدعي المرأة الوضع بعد الطلاق، ويدعي الزوج الطلاق بعد الوضع - فالقول قوله، أي: مع يمينه؛ لأن الأصل ثبوت الرجعة وقت العدة.

وحكى الماوردي في هذه الصورة أنهما يتحالفان، والبادئ باليمين السابق بالدعوى، ثم في كيفية اليمين وجهان:

أحدهما: يحلف الزوج بالله ما طلقها إلا بعد ولادتها، وتحلف الزوجة بالله ما ولدت إلا بعد طلاقه.

والثاني: أن الزوج يحلف بالله: لقد ولدت يوم الجمعة مثلًا، وما طلقها إلا في يوم السبت، وتقول الزوجة: والله ما طلقني إلا في يوم الجمعة، ولقد ولدت يوم السبت.

فإن حلفا حكمنا بسقوط الرجعة وثبوت العدة؛ لأن ذلك أغلظ في حقها وأنفى للتهمة، وإن نكلا حكمنا بقول أسبقهما في الدعوى، وإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن كان السابق بالدعوى غيره.

[ووراء ما][4] ذكره الشيخ صدور خمس:

إحداهما: أن يتفقا على وقت الولادة ويَشُكَّا في الطلاق هل تقدم أو تأخر - فعليها العدة، وللزوج الرجعة، والورع ألا يفعل.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في التنبيه: فقالت.
(٤) في أ: وأما.

الثانية[١] : أن يتفقا على وقت الطلاق، ويَشُكَّا في الولادة هل تقدمت أو تأخرت - فيحكم بسقوط العدة والرجعة.

الثالثة[٢] : لو قال الزوج: علمتِ أني طلقت بعد الولادة، وقالت: لم أعلم - قال الماوردي: القول قول الزوج، ولها إحلافه على الرجعة دون العدة.

وحكى الإمام عن القفال: أنه ليس لها المطالبة؛ فإنها ما أتت بدعوى صحيحة؛ فلا تلزمه الإجابة. وفي «الشامل» و«التتمة»: أنه يقال لها: ليس هذا بجواب، فإما أن تصدقيه أو تكذبيه، فإن لم تفعل جعلناها ناكلة، وحلفناه.

الرابعة: لو قالت للزوج: علمت أنك طلقت قبل الولادة، وقال الزوج: لست أعلم - قال الماوردي: القول قول الزوجة، ولا عدة عليها ولا رجعة، وله إحلافها في سقوط العدة دون الرجعة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين و«النهاية»: أنا نقول له: قد ادعت المرأة بأمر فأجبها[٣] ، ولا نقنع[٤] بهذا، فإن لم تجب جعلناك منكرًا، ثم نعرض عليك اليمين، فإن نكلت حلفت هي، واستحقت[٥] دعواها.

الخامسة: أن يعترف كل منهما بالإشكال، ففي «المهذب»: أنا لا نحكم بينهما بشيء، لأنهما لم يدعيا حقًّا.

وفي «الحاوي» وغيره: أن عليها العدة بالأقراء، وله أن يراجعها، والورع ألا يراجعها، والله أعلم.

فائدة: قال الإمام: [ومما تجب][٦] الإحاطة به: أنا ذكرنا طرقًا مختلفة في تداعي الزوجين في انقضاء العدة ووقوع الرجعة، والذي ذكرناه من التقسيم في هذه المسألة اتفق عليه الأصحاب في طرقهم، ومساقه [ما أوردناه][٧] لا غير، والسبب فيه: أن الخلاف إذا آل إلى إنشاء الرجعة وانقضاء العدة، فيتعارض في الحكم تصديق المرأة لصور دقيقة المدرك. ويعترض - أيضًا - بتنزيل الدعوى رجعةً، وعطف قول الزوجة: انقضت عدتي، على زمان منقضٍ، وشيء من تلك المعاني لا يجري في هذه المسألة، ومن تأمل ما ذكرناه [ثَمَّ][٨] ، وتأمل هذه المسألة، استبان الفرق بينهما.

---

(١) في أ: الثاني.
(٢) في أ: الثالث.
(٣) في أ: فأجابها.
(٤) في أ: تصنع.
(٥) في أ: واستجيب.
(٦) في أ: وفيها تجب.
(٧) في أ: وما أنه ما ازدناه، وفي د: أردناه.
(٨) سقط في أ.

باب الاستبراء

الاستبراء - بالمد-: عبارة عن التربص الواجب لسبب ملك اليمين حدوثًا وزوالًا.

وخص بهذا الاسم؛ لأن هذا التربص مقدَّر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرر وتعدد فيه، وخص التربص بسبب النكاح باسم «العدة» اشتقاقًا من «العدد»؛ لما يقع فيه من التعدد.

قال: من ملك أمة[1] ، أي: بأي سبب كان من سبي أو بيع أو إرث أو هبة أو وصية أو فسخ عقد أو رجوع في هبة أو غير ذلك، وسواء كانت الأمة كبيرة أو صغيرة، حائلًا أو حاملًا، آيسة أو غير آيسة، بكرًا أو ثيبًا، ملكها من رجل أو صبي لا يجامع مثله أو امرأة.

قال: لم يطأها حتى يستبرئها، أي: سواء استبرئت قبل ملكه، أو بعده وقبل قبضه، [أو لم][2] تستبرأ.

أما في المسبية؛ فلعموم قوله ﷺ في سبايا أوطاس: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلا غَيْرُ حَامِلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً»[3]. خرجه أبو داود عن أبي سعيد الخدري.

وأما في الباقي فبالقياس على المسبية.

ثم ما العلة في وجوبه؟ خرجه القاضي الحسين على جوابين من نصين للشافعي سنذكرهما:

أحدهما: حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع.

والثاني[4]: حدوث ملك حل الفرج:

وستظهر لك فائدتهما.

وفي البكر وجه خرجه ابن سريج: أنها لا تستبرأ، حكاه الرافعي هكذا.

---

(١) في أ: أمذا.

(٢) في أ: ولم.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في أ: الباقي.

وفي «النهاية» حكايته[١] عن صاحب «التقريب»، ثم قال: لكنه خصصه بالمسبية، وهو مُطَّرَح مزيَّف لا اعتداد به.

وعن المزني في «المختصر»: أنه إنما يجب إذا كانت الجارية موطوءة أو حاملًا.

قال الروياني: وأنا أميل إلى هذا، والمذهب الأول. واحتج له بإطلاق الخبر، مع حصول العلم بأنهن كان فيهن أبكار وعجائز.

وملك الحصة[٢] الباقية من الأمة، يوجب[٣] الاستبراء عند إرادة الوطء، كما يوجبه ملك جميعها.

قال: فإن كانت حاملًا استبرأها بوضع الحمل؛ لعموم الحديث، وظاهر هذا اللفظ يقتضي أنه لا فرق في الحمل بين أن يكون من نكاح أو وطء شبهة أو زنى وهو موافق لما حكاه المتولي.

وقال الرافعي في الموطوءة بالشبهة، والنكاح: الأقوم أن يُفَصَّل فيقال: إن ملك الأمة بالسبي حصل استبراؤها بالوضع، وإن ملك بالشراء فهي كالحرة، فإن كانت حاملًا من زوج، وهي في نكاحه أو عدته، أو من وطء شبهة - فهي معتدة في ذلك الوقت، والمشهور: أنه لا استبراء في الحال، وفي وجوبه بعد انقضاء العدة وجهان، وإذا كان كذلك لم يكن الاستبراء حاصلًا بالوضع.

وقال في «التهذيب»: هل تخرج من الاستبراء بوضع الحمل؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ كالمسبية.

والثاني: لا؛ كما أن[٤] العدة لا تنقضي بالوضع؛ إذ[٥] الحمل من غير صاحب العدة، بخلاف المسبية؛ فإن حملها من كافر؛ فلا يكون له من الحرمة ما يمنع انقضاء الاستبراء.

وأما الحمل من الزنى ففي حصول الاستبراء بوضعه حيث يحصل بوضع ثابت النسب، وجهان، أصحهما عند المتولي وغيره: الحصول.

وبنى القاضي الحسين هذا الخلاف على الخلاف في أن استبراء ذات الأقراء بالحيض أو الطهر؟ فإن اعتبرنا الطهر لم يحصل الاستبراء به، وان اعتبرنا الحيض فالنظر إلى ما تعرف[٦] براءة الرحم به، والحمل من الزنى تعرف براءة الرحم

---

(١) في د: حكاه.
(٢) في د: والحيضة.
(٣) في د: توجب.
(٤) في أ: لغير.
(٥) في أ: أن.
(٦) في أ: نعرف.

بوضعه، فإن قلنا: لا تعتد به، وكانت ترى الدم عليه، وقلنا: إنه حيض - حصل الاستبراء به في أصح الوجهين.

ولو ارتابت بالحمل - إما في مدة الاستبراء أو بعده - فالحكم كما ذكرناه في العدة.

قال: وإن كانت حائلًا تحيض استبرأها[1] **بحيضة في أصح القولين**، وهو الجديد؛ للحديث، ويخالف العدة؛ فإنها لإباحة العقد، والعقد يستباح في الحيض والطهر، وخصصناها بالطهر؛ لأنها وجبت قضاء لحق الزوج، فاختصت بأزمان حقه وهي الأطهار، كما في صلب النكاح. وأما الاستبراء فشرع لاستباحة الوطء؛ فاختص بالحيض ليفضي إلى إباحة الوطء إذا انقضى؛ إذ لو جعل بالطهر لما استبيح الوطء بعده لعارض الحيض.

والقول الآخر: أنها تستبرأ بطهر كما في العدة.

وفيه وجه ثالث حكاه الماوردي عن البصريين: أن كلا الأمرين من الحيض والطهر معتبر مقصود.

التفريع: إن قلنا بالقول الأول نظر:

إن وجد سبب وجوب الاستبراء في الطهر لم يحصل الاستبراء حتى تحيض ثم تطعن في الطهر.

وإن وجد في الحيض فلا يعتد به؛ بل لا بد من الطعن في الطهر الثاني؛ إذ به تحصل حيضة كاملة للحديث، ويفارق بقية الطهر حيث [يعتد ببقيته طهرًا][2] -كما سنذكره على رأي- لأن بقية الطهر يستعقبها الحيض الدال على البراءة، وبقية الحيض يستعقبها[3] الطهر الذي لا دلالة فيه على البراءة.

وإن قلنا بالقول الثاني، فإن وجد سبب وجوب الاستبراء في آخر الحيض، كان[4] الطهر الكامل بعده استبراء، لكن يكفي ظهور الدم أو يعتبر مضي يوم وليلة؟ فيه ما سبق في العدة.

وقد حكي وجه آخر: أنه لا بد من مضي حيضة كاملة بعد ذلك الطهر، وهذا بعيد عند الغزالي وغيره.

وذكر[5] القاضي الروياني [أنه][6] الأظهر والأقيس، وهو في الحقيقة راجع

---

(١) في أ: استبراؤها.
(٢) في أ: تعتد ببقية طهر.
(٣) في أ: عقبها.
(٤) في أ: فإن.
(٥) في أ: ذكر.
(٦) سقط في أ.

إلى ما حكاه الماوردي عن البصريين، كما سنذكره.

وإن وجد وهي طاهر، فهل يكتفي[١] ببقية الطهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وهو ما رجحه في «البسيط» والقاضي في «التعليق»، وحكاه في «المهذب»، وعزاه الماوردي إلى البغداديين من الأصحاب، ولكن يضم إليه حيضة كاملة؛ لتعرف بها براءة الرحم ببقية الطهر.

والثاني - وهو المذكور في «التهذيب» ونسبه الماوردي إلى البصريين- : أنه لا يكتفي بها، ولا ينقضي الاستبراء حتى تحيض ثم تطهر، ثم ترى دم الحيضة الثانية، وتخالف[٢] العدة؛ فإن فيها عددًا؛ فجاز أن يعبر[٣] بلفظ الجمع عن [اثنين وبعض][٤] الثالث.

وإن قلنا بالوجه الثالث: فإن وجد سبب الاستبراء وهي حائض، انقضى[٥] الاستبراء باستكمالها [الحيضة الثانية، وإن وجد وهي طاهر، ولم يعتبر بقية الطهر قرءًا - فينقضي الاستبراء باستكمالها الطهر الثاني.

وإن اعتبرناه قرءًا فينقضي الاستبراء باستكمالها][٦] الحيض، والاستكمال يظهر بالدخول في الضد.

قال: وإن كانت ممن لا تحيض [لصغر أو إياس][٧] **استبرأها**[٨] **بثلاثة أشهر في أصح القولين**؛ لأنها أقل مدة تدل على براءة الرحم، وهذا حكاه الماوردي عن القديم.

قال: وبشهر في الثاني؛ لأن كل شهر في مقابلة قرء في حق الحرة؛ فكذلك في حق الأمة، وهذا هو الأصح في «التهذيب» وعند النواوي.

أما إذا كانت تحيض ثم ارتفع حيضها بغير ما ذكرناه، فحكمها حكم المعتدة إذا ارتفع حيضها.

فرع: لو وطئها قبل الاستبراء، أثم، ولا ينقطع الاستبراء.

قال في «التتمة»: لأن قيام الملك لا يمنع الاحتساب؛ فكذلك المعاشرة، بخلاف العدة.

---

(١) في أ: يكفي.
(٢) في أ: تخالف.
(٣) في أ: تعتبر.
(٤) في أ: أسرة وبعضه.
(٥) في أ: انقطع.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في التنبيه.
(٨) في أ: استبراؤها.

ولو أحبلها بالوطء الواقع في الحيض، فانقطع الدم، حلت بتمام الحيض، وإن كانت طاهرًا عند الوطء لم ينقض الاستبراء حتى تضع الحمل.

قال: وإن[(١)] **كانت مجوسية أو مرتدة** - أي: حالة الملك - لم[(٢)] يصح استبراؤها حتى تسلم؛ لأن[(٣)] الاستبراء يراد لاستباحة الاستمتاع، ولا استباحة في هذين الحالين.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنه إذا وجد وضع الحمل أو الحيض بكماله، أو الأشهر قبل الإسلام - لا يجب عليها استبراء آخر، ورواه مع الأول الفوراني عن الشيخ أبي حامد فيما إذا حاضت المحرمة، والوثنية قبل الإسلام، ورواه المتولي عنه فيما إذا وضعت الحمل أيضًا.

وبنى القاضي الحسين هذا الوجه على أن علة وجوب الاستبراء حدوث ملك الرقبة، مع فراغ محل الاستمتاع، وجعل الأول مبنيًّا على أن العلة حدوث ملك حل[(٤)] الفرج.

أما إذا وجد الإسلام قبل استكمال الاستبراء في الكفر، فلا بد من تجديد الاستبراء، والمحرمة - فيما ذكرناه - ملحقة بها على ما حكاه القاضي وغيره.

قال: وإن كانت مزوجة أو معتدة، [أي][(٥)] حالة الملك لم يصح استبراؤها حتى يزول النكاح، وتنقضي العدة؛ لما ذكرناه من التعليل. وهذا الكلام يدل على وجوب الاستبراء بعد زوال ذلك، وهو موافق لنص الشافعي - رضي الله عنه - في «الإملاء»[(٦)]، ومخالف لنصه في «الأم»؛ فإنه صرح بأنه لا استبراء عليها.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنه يعتد به في حال النكاح والعدة.

ووجه حكاه القاضي الحسين في أن المزوجة إذا طلقت بعد الشراء قبل الدخول لا استبراء عليها؛ بناء على العلة الأولى، وهذه المسألة هي الملقبة بالهارونية التي أجاب فيها أبو يوسف بمثل هذا الوجه.

قال: فإن[(٧)] **ملكها بمعاوضة، لم يصح استبراؤها[(٨)] حتى يقبضها**، وهذا ما ذهب إليه أكثر أصحابنا البغداديين؛ لأن الملك فيها قبل القبض غير مستقر بسبب تعرضه للفسخ.

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في أ: بم.
(٣) في أ: فيه.
(٤) في أ: الحل.
(٥) في أ: إلى.
(٦) في أ: الإيلاء.
(٧) في التنبيه: وإن.
(٨) في التنبيه: الاستبراء.

فعلى هذا: لو وجد بعض الاستبراء في يد البائع، [ثم كمل في يد المشتري - نظر: فإن كان الأكثر في يد البائع][(١)] لم يعتد به، وإن كان في يد المشتري اعتد به، قاله الماوردي.

وفيه وجه صححه الماوردي والرافعي، واختاره القاضيان أبو الطيب والروياني، وجعله البغوي المذهب: أنه يعتد به؛ لأن الملك تام لازم فأشبه ما بعد القبض.

قال في «المهذب»[(٢)]: وأصل المسألة: أن المبيع إذا تلف قبل القبض، يرتفع العقد من أصله أم لا؟ وفيه خلاف.

تنبيه: ذكر الشيخ المعاوضة في هذا المقام يظهر به أن اختياره: أن الملك إذا حصل بغير معاوضة تعتد بالاستبراء فيه قبل القبض، وهو الذي ذهب إليه أكثرهم.

وقال البندنيجي: كل من استبرئت قبل قبضها لم يقع الاستبراء موقعه في جميع جهات الملك، إلا إذا ورثها ابنها[(٣)] وبعضهم فصل فقال: إن ملكها بالإرث فلا حاجة إلى القبض؛ لأن الملك به نازل منزلة المقبوض، بدليل جواز بيعه. وإن ملكها بالوصية والقبول، ففيه الخلاف المذكور في المعاوضة، وهذا ما حكاه في «المهذب» والبغوي.

وأما الهبة والمغنم قبل القبض، والوصية قبل القبول، فعدم الاعتداد بالاستبراء في هذه الأحوال ليس لعدم القبض؛ بل لعدم الملك الذي هو سبب الاستبراء؛ فإن الملك لا يحصل إلا به، وإذا لم يحصل السبب لم يوجد المسبب، خصوصًا إذا لم يكن له إلا سبب واحد، وإذا كان كذلك لم يكن كلام الشيخ متضمنًا إخراجهما بالقيد المذكور.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن تكون الجارية مستحسنة أو غير مستحسنة؛ لأن الشرع ائتمن المشتري على ذلك، بدليل أنه لم يمنع سبايا أوطاس من الذين وقعن في سهامهم، ويجوز للمشتري استخدامها، وهذا بخلاف الجارية المرهونة: إذا لم نجوز للراهن وطأها ولا يجوز استخدامها؛ لأن الحق فيها للمرتهن، فغلظ فيه.

فرع: لو وقع الحيض أو وضع الحمل في مدة الخيار بعد القبض - فحصول الاستبراء مبني على أقوال الملك:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط في أ.

(٢) في أ: التتمة.

(٣) في أ: أنها.

فإن قلنا: إنه للبائع، لم يحصل، فإذا طهرت من النفاس وطعنت في الحيض انقضى الاستبراء، إن كان ذلك بعد انقضاء الخيار - أيضًا - وقلنا: إن الاستبراء بالطهر، وإن قلنا: إنه بالحيض، فإنما ينقضي إذا تمت الحيضة.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف، فوجهان، أظهرهما: المنع؛ لأن الملك في زمان الخيار غير لازم، بخلاف ما قبل القبض.

وخصص الماوردي الخلاف بما إذا حاضت في زمن الخيار، وجعل الصحيح حصوله، وقطع بحصول الاستبراء إذا وضعت؛ لأن الاستبراء بالوضع أقوى من الاستبراء بالأقراء.

وإن وجد الاستبراء في مدة الخيار قبل القبض، [وقبل اللزوم، فهاهنا أولى.

و[إن][1] قلنا: إنه لا يعتد به، فهاهنا وجهان حكاهما القاضي الحسين.

[فرع] آخر: إذا اشترى العبد المأذون جارية، فللسيد وطؤها بعد الاستبراء إن لم يكن هناك دين[2]، فإن كان هناك دين للغرماء لم يكن له وطؤها، فإذا انفكت الديون بقضاء أو إبراء، فهل يكتفى بما حصل من **الاستبراء** قبل ذلك أم لا؟ فيه وجهان كما في المجوسية، وبالثاني[3]: أجاب العراقيون، وطرده[4] ابن الصباغ فيما إذا اشترى أمة، ثم رهنها، ثم انفك الرهن بعد وجود الاستبراء في حالة الرهن، وغلّطه القاضي الروياني فيه.

قال: وإن ملكها وهي زوجته حلت له من غير استبراء؛ لأنا إن قلنا: إن علة وجوبه حدوث ملك حل الفرج، فهي كانت حلالًا له قبل ذلك، وقد انتقلت من حل إلى حل. وإن قلنا: العلة حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع، فليس محل الاستمتاع هاهنا فارغًا؛ فإنها في حال الشراء منكوحة، وبعد تحقق الشراء معتدة، بدليل أنه لو أراد تزويجها، لم يجز إلا بعد انقضاء تمام عدتها، ولو كانت معتدة عن الغير، فاشتراها - لم يجب الاستبراء بناءً على هذه العلة؛ فكذلك إذا كانت معتدة منه، لكن له هاهنا أن يطأها، [وإن لم نوجب الاستبراء؛ لأن الماءين له، وثَمَّ لا يطؤها][5] وإن لم نوجبه؛ خشية من اختلاط الماءين، وهذا إذا [كان][6] المشتري حرًّا.

---

(١) في أ: وقلنا: إن الملك للمشتري فإن.
(٢) في أ: هنا كدين.
(٣) في أ: الثاني.
(٤) في أ: وطرحه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

أما إذا كان مكاتبًا، فإن النكاح ينفسخ على ما حكاه الماوردي، ولا يحل له وطؤها إن لم يأذن له السيد، وإن أذن له ففي جوازه قولان، فإن قلنا: [يحل، فيتجه][(١)] وجوب الاستبراء.

قال: والأولى ألا يطأها حتى يستبرئها؛ ليتميز[(٢)] الحر من ولده الذي تصير به الأمة أم ولد عن الرقيق الذي يعتق عليه، ويثبت عليه الولاء.

وحكى الغزالي وغيره وجهًا: أنه واجب؛ لما ذكرناه من المعنى.

وبنى الماوردي الخلاف على الخلاف في حل وطئها له في زمان الخيار، فقال: إن قلنا يحل الوطء لم يجب، وإلا وجب، كذا حكاه في البيع[(٣)].

وبناه القاضي الحسين على العلتين في وجوب الاستبراء، فقال: إن قلنا: إن العلة حدوث ملك [حل][(٤)] الفرج، فلا، وإن اعتبرنا حدوث ملك الرقبة فيجب، وقد ذكرنا شيئًا على ذلك.

فرع: لو أراد أن يزوجها بعد الشراء، نظر:

إن وطئها بعد الشراء، فلا بد من أن يستبرئها[(٥)] بقرء واحد استبراء الإماء.

وإن لم يكن قد وطئها، قال الماوردي: فلا بد من أن يستبرئها بقرأين عدة أمة؛ لأنه عن وطء في زوجية[(٦)].

فرع آخر: لو اشتراها بعدما طلقها وهي في عدته، وجب الاستبراء؛ لأنها حرمت بالطلاق، وليس الملك كالرجعة؛ لأنه يقطع النكاح فلا يصلح استدراكًا لما وقع فيه من الخلل[(٧)]، وبم[(٨)] يستبرئها؟.

ملخص ما ذكره الإمام في باب الرجعة: أنه إن بقيت من العدة حيضة كاملة اكتفى بها، وإن بقيت بقية من الطهر فكذلك عند بعضهم.

ومنهم من يشترط حيضة كاملة، وهي القياس.

[و] هذا إذا قلنا: إن الاستبراء بالحيض، أما إذا قلنا: إن الاستبراء بالطهر، وقلنا: إن الطهر كاف للاستبراء، حصل الغرض بها، والله أعلم.

قال[(٩)]: **فإن كاتب[(١٠)] أمة، ثم رجعت بالفسخ، لم يطأها حتى يستبرئها؛**

---

(١) في أ: يحل فنسخه.
(٢) في أ: ليتمه.
(٣) في أ: بسبع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: يستبرئ بها.
(٦) في أ: زوجه.
(٧) في د: الملك.
(٨) في أ: ثم.
(٩) زاد في التنبيه: ومن.
(١٠) في أ، د: كانت.

لأنه استحداث استباحة بملك بعد عموم التحريم؛ فوجب عليه الاستبراء كالتي[١] استحدث ملكها، أو لأنه عقد عليها عقدًا صار غيره أحق بمهرها بسببه؛ فأشبه ما إذا باعها أو وهبها.

فإن قيل: الملك في الرقبة باق، والتحريم طارئ؛ فوجب ألا يجب بزواله الاستبراء؛ كما لا يجب بزوال الصوم، والصلاة، والاعتكاف، والحيض، والنفاس، والرهن، والتكفير عن الظهار؛ بجامع اشتراك ذلك في التحريم مع بقاء الملك.

قلنا: لا نسلم أن الملك باق له في رقبة المكاتب؛ فإنا قد حكينا في باب جامع الأيمان أن المكاتب مملوك لنفسه على رأيٍ، لا للسيد. وعلى تقدير التسليم، فالفرق: أن هذه الأشياء لم تؤثر التحريم؛ لخلل في الملك، بدليل: أنه يجوز له أن يستمتع بالنظر إليها - مع وجود ما ذكر - بالقبلة واللمس بشهوة في بعض الصور، وتحريم المكاتبة عام يحرم[٢] سائر الاستمتاعات؛ فدل على خلل في الملك فافترقا.

فرع: لو أحرمت الأمة[٣]، ثم تحللت، لم يجب الاستبراء عند الجمهور، وهو الذي صححه الإمام.

وعند الغزالي والمتولي في وجوبه خلاف، كما سيأتي في المرتدة.

فرع[٤] آخر: لو باع جارية بشرط الخيار، ثم عادت إليه بالفسخ فيه أو في خيار المجلس - فهل يجب الاستبراء عليه؟

إن قلنا: إن الملك للبائع، لم يجب.

وإن قلنا: إنه للمشتري، أطلق الأصحاب القول بالوجوب، وهو ما أجاب به في «التهذيب»، وقضية ما ذكرته في أول الباب[٥].

وقال الإمام: هذا عندي مخرج[٦] على أصلٍ، وهو أنه هل يحل له وطؤها مع بقاء الخيار له؛ تفريعًا على القول بزوال ملكه؟

فإن قلنا: لا يحل له، لم يمتنع وجوب الاستبراء.

وإن قلنا: يحل - وهو الأصح - فيبنى على أن الزوج إذا اشترى زوجته، هل

---

(١) في أ: كالذي.
(٢) في د: تحريم.
(٣) في أ: المرأة.
(٤) هذا الفرع كله سقط في د.
(٥) في أ: الثاني.
(٦) في أ: يخرج.

يجب عليه الاستبراء أم لا؟ فإن قلنا: لا يجب، فكذلك هاهنا، وإلا فوجهان.

وقال الرافعي: قد حكينا وجهًا فيما إذا قلنا: إن الملك للبائع: أن الوطء لا يحل، فيجيء على هذا الوجه أن يقال بوجوب الاستبراء.

فرع آخر: إذا أسلم في جارية، فسلمت إليه، ثم اطلع بها على عيب لو رضي به للزم الأخذ، لكنه فسخ - فهل يجب عليه استبراؤها؟ فيه وجهان.

قال: وإن ارتد السيد أو ارتدت الأمة، ثم عاد، أي: المرتد منهما، إلى الإسلام لم يطأها حتى يستبرئها؛ لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة، وعاد بالإسلام؛ فأشبه المسألة قبلها.

وقيل: إن السيد إذا ارتد، [ثم عاد، وقلنا بأن ملكه لم يزل - لا يجب الاستبراء. وادعي في الأمة - أيضًا - إذا ارتدت][1]، ثم أسلمت.

وادعى الإمام: أنه الأصح فيها.

وبنى في «التهذيب» الخلاف فيها على الوجهين فيما إذا اشترى مرتدة ثم أسلمت، هل يعتد باستبرائها في زمن الردة أم لا؟ فإن قلنا: يعتد به، لم يجب هاهنا، وإلا وجب[2].

قال: وإن زوجها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، لم يطأها حتى يستبرئها؛ لما ذكرناه من العلة.

وقيل: لا يجب، وادعى مجلي أن ظاهر النص يقتضيه.

قال بعضهم: وهذا الخلاف ينبني على العلتين اللتين ذكرهما القاضي الحسين: فالأول مبني على الثانية، والثاني مبني على الأولى.

وعلى الوجهين: لو كان السيد قد وطئها قبل التزويج لا تعود فراشًا بالطلاق، بخلاف أم الولد كما سنذكره، صرح به الماوردي وغيره.

قال: وإن طلقت بعد الدخول، فاعتدت من الزوج، فقد قيل: يدخل الاستبراء في العدة؛ لحصول المقصود، وهو براءة الرحم، وهذا نصه في «الإملاء». وقيل: لا يدخل، بل يلزمه أن يستبرئها؛ لتجدد[3] ملك الاستمتاع عليها، وهذا نصه في «الأم».

ومن هذين النصين استنبط القاضي الحسين العلتين في وجوب الاستبراء.

قال: ومن لا يحل[4] **وطؤها قبل الاستبراء** - أي بسبب تجدد ملك الرقبة -

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: يجب.
(٣) في أ: ليجد.
(٤) زاد في أ: له.

لم يحل التلذذ بها قبل الاستبراء - أي: مثل القبلة، واللمس، والنظر بشهوة - لاحتمال أن تكون حاملًا من سيدها؛ فتكون أم ولد له، ويتبين أنه لم يملكها، ولأن هذه الاستمتاعات تدعو إلى الوطء المحرم؛ فحرمت.

قال: إلا المسبيَّة؛ فإنه يحل التلذذ بها في غير الجماع؛ لما روي أن منادي رسول الله ﷺ نادى بأمره في سبايا أوطاس: «ألا لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلا حَائِلٌ [١] حَتَّى تَحِيضَ» [٢]؛ فاقتضى النداء الاقتصار على تحريم الوطء، وكانت السبايا مختلطات بالمسلمين، ويغلب على الظن امتداد الأيدي إليهن، فلما لم يحرم الرسول ﷺ إلا الوطء مع الحال التي وصفت، اقتضى ذلك تخصيص الوطء بالمحظورات [٣].

وقد روى عن ابن عمر أنه قال: «وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة، فلم أتمالك أن وثبت عليها فقبلتها [٤] والناس ينظرون» [٥]؛ فلو كان حرامًا لامتنع منه، ولأنكره [٦] الناس عليه.

قال: وقيل: لا يحل كما في غيرها، وللعلة الثانية، وهذا أصح في «النهاية» [٧].

---

(١) في أ: حائلًا. (٢) تقدم.

(٣) في أ: بالمحظور. (٤) في أ: فقتلتها.

(٥) ذكره ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٢٦٢) وقال: وهذا الأثر لم أر من أخرجه عنه إلا ابن المنذر؛ فإنه ذكره في «إشرافه» بغير إسناد فقال: وقد روينا عن ابن عمر أنه قبل جارية وقعت في سهمه يوم جلولاء، وأسنده في كتابه «الأوسط» ومنه نقلت بعد أن لم أظفر به إلاّ بعد عشرين سنة من تبييض هذا الكتاب، فاستفده، ولله الحمد.
فقال: ثنا علي بن عبد العزيز، ثنا حجاج، ثنا حماد، أنبأنا علي بن زيد، عن أيوب بن عبد الله اللخمي، عن ابن عمر قَالَ: وقعت في سهمي جارية يوم جلولاء كأن عنقها إبريق فضة قَالَ: فما ملكت نفسي أن وثبت عليها فجعلت أقبلها والناس ينظرون.
وبهذا يتبين أن رواية الرافعي «في نفسي» صوابه: «في سهمي» فتأمله.ا هـ.
وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٤-٥) وقال: «قال ابن المنذر في الكتاب الأوسط: نا علي بن عبد العزيز نا حجاج نا حماد أنا علي بن زيد عن أيوب بن عبد الله اللخمي عن ابن عمر قال: وقعت في سهمي جارية يوم جلولاء... فذكره.
قلت: وقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن زيد بن الحباب عن حماد بن سلمة، ورواه الخرائطي في اعتلال القلوب من طريق هشيم عن علي بن زيد نحوه. ا هـ.

(٦) في أ: ولا يكره.

(٧) قوله: ومن لا يحل وطؤها قبل الاستبراء لا يحل التلذذ بها؛ لاحتمال أن تكون حاملًا من سيدها، فتكون أم ولد له ويتبين أنه لم يملكها، ولأن هذه الاستمتاعات تدعو إلى الوطء المحرم فحرمت =

قال: والأول أظهر؛ لما ذكرناه، ونظرًا إلى العلة الأولى؛ فإن ملكه عليها قد تحقق حائلًا كانت أو حاملًا، وإنما حرم وطؤها صيانة لمائه؛ كي لا يختلط بماء حربي[(١)]، لا لحرمة الحربي[(٢)]، بخلاف غيرها.

ومثل هذا الخلاف يجري في التلذذ في الحامل من الزنى، لما ذكرناه من التعليل، صرح به الماوردي، وجعل ضابط من يحرم التلذذ بها جزمًا: أن تكون بحيث لو ظهر بها حمل[(٣)] صارت به أم ولد لمن كان مالكها، مثل: أن تكون من مالكٍ كانت له فراشًا، أو موروثة عنه، أو مستوهبة منه.

تنبيه: إذا قلنا بجواز التلذذ، فذاك فيما فوق الإزار، أما ما تحت الإزار ففيه تردد أبداه الإمام كما في حق الحائض، والذي يقتضيه إيراد الشيخ [جوازه] - أيضًا - حيث قال: «فإنه يحل التلذذ بها في غير الجماع»، وكذلك إيراد البندنيجي؛ فإنه قال: هل يحل له وطؤها فيما دون الفرج، ودواعي الجماع كالقبلة؟

وهذا التردد يظهر أثره فيما إذا كان استبراؤها بوضع الحمل أو بالأشهر، أما إذا كان بالحيض فلا يظهر له أثر.

وإذا قلنا بتحريم التلذذ، فهل ينقطع بانقطاع الحيض، أم يبقى[(٤)] إلى الاغتسال كما يبقى تحريم الوطء؟

المذهب الأول، والثاني منقول في «تعليق» القاضي الحسين، وطرده فيما إذا قلنا بتحريم التلذذ بالحائض أيضًا.

قال الإمام: وقد بحثت عن الطرق، فلم أجد ما نسب إلى القاضي في شيء منها.

قال: ويصح[(٥)] **بيع الأمة قبل الاستبراء** - أي: وإن كان قد وطئها المالك - لأن الاستبراء يجب على المتملك عند إرادة الوطء؛ للخبر؛ فتحصل به براءة الرحم؛ فلا حاجة إلى استبراء البائع.

ولا نقول على هذا: يتداخل[(٦)] استبراءان، بل نقول: الواجب استبراءٌ واحدٌ من غير تداخل على المشتري.

= إلا المسبية، فإنه يحل التلذذ بها في غير الجماع، ثم قال ما نصه: وقيل: لا يحل كما في غيرها وللعلة الثانية، وهذا أصح في النهاية. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن النهاية غلط، فإن الأصح فيها الوجه الأول. [أ و].

(١) في أ: بما جرى. (٢) في أ: الجري. (٣) في أ: محل.
(٤) في د: ينفي. (٥) في التنبيه: ويحل. (٦) في أ: يتداخله.

وأيضًا: فإن استبراء البائع استبراء مع بقاء الحل؛ فلا يعتد به كاستبراء الزوجة قبل الطلاق.

قال: وأما تزويجها، فينظر:

فإن كان قد وطئها المالك، أي: في الحال، أو من ملكها من جهته، ولم يكن قد استبرأها - لم يجز تزويجها قبل الاستبراء؛ لأنه لو جاز لاستعقب الحل؛ فإنه المقصود من العقد، بدليل أنه لا يصح أن يعقد على من(١) لا يجوز له وطؤها، وذلك يؤدي إلى اختلاط المياه، وهذا بخلاف البيع؛ فإن المقصود منه ليس الوطء، بدليل صحة شراء من يحرم عليه وطؤها، فإذا أوجبنا الاستبراء على من يحل له وطؤها، لم يكن مقصود العقد قد تخلف عنه، وبه يحصل الأمن من اختلاط المياه.

ثم هذا إذا كان الراغب في تزويجها من لم يجب الاستبراء بسبب وطئه [أما إذا كان الراغب في من وجب الاستبراء بسبب وطئه](٢)، فإنه يصح أن يتزوجها قبل الاستبراء، صرح به صاحب «التهذيب».

قال: وإن لم يكن قد وطئها جاز؛ لأن الظاهر فراغ رحمها عن الحمل؛ فجاز الإقدام على العقد عليها كما في المطلقة قبل الدخول.

وفيه وجه: أنه لا يجوز، وهو جارٍ فيما إذا وطئها من ملكها من جهته، ثم استبرأها قبل نقلها عنه، وادعى القفال أنه الذي عليه أكثر الأصحاب، ونوقش فيه.

وهذا الخلاف فيما لو كان الانتقال من امرأة أو صبي.

وعلى المذهب: فالفرق بين التزويج ووطء المشتري أن الزوج إذا لحقه(٣) منها ولد أمكنه نفيه(٤) باللعان؛ فيندفع عنه الضرر، والسيد لو أبيح له الوطء قبل الاستبراء لم يتمكن من نفيه؛ إذ نفيه يكون بدعوى الاستبراء، ولم يوجد الاستبراء، والله أعلم.

قال: وإن أعتق أم ولده(٥) **في حياته أو مات عنها، لزمها الاستبراء**؛ لأنها كانت فراشًا للسيد، وزوال الفراش بعد الدخول يقتضي التربص؛ كما في زوال الفراش عن الحرة، وهذا الاستبراء يكون كاستبراء الأمة، وقد تقدم، ووجهه: أنه استبراء عن ملك.

---

(١) في أ، د: ما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لحق.
(٤) في أ: نفس.
(٥) في د: ولد له.

ولا يجب عليها أن تعتد عدة الحرائر، ولا عدة الإماء؛ لأن الله - تعالى - خصص الاعتداد بالأقراء بالمطلقات، وبالأشهر والعشر بالزوجات، وهذه ليست بزوجة ولا مطلقة. ولأن هذا استبراء عن ملك؛ فوجب أن يقتصر فيه على قرء كالأمة المشتراة[(١)] .

فإن قيل: هذا استبراء وجب في حال الحرية؛ فوجب أن يكون كاستبراء الحرة.

فجوابه ما ذكرناه.

ولا فرق [فيما ذكرناه][(٢)] بين أن تكون قد استبرأت قبل العتق والموت أو لا؛ كما لا فرق في وجوب استبراء الحرة بين أن يكون قد وجد قبل الطلاق أو لا.

وفي «التتمة» حكاية وجه حكاه في «التهذيب» قولًا: أنه إذا وجد قبل العتق والموت كفى.

وبنى بعضهم الخلاف على[(٣)] أن فراش أم الولد هل يزول بالاستبراء، وهل تعود فراشًا للسيد إذا مات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها، أو لا تعود ولا تحل إلا بعد استبراء؟ وفيه خلاف.

قال القاضي الحسين: فإن قيل: أم الولد يجوز تزويجها ولو كان الفراش [لا][(٤)] يزول عنها بالاستبراء، لم يجز تزويجها. ثم قال: قد قيل: إنها لا تزوج؛ لأجل ذلك.

وحكم[(٥)] الأمة الموطوءة[(٦)] إذا أعتقها سيدها - إما في حياته، وإما بعد موته بالتدبير - حكم أم الولد، إلا فيما إذا وجد الاستبراء قبل العتق؛ فإنه لا يحتاج إلى تجديده بعده حتى يحل لها أن تتزوج، كذا حكاه الرافعي عن الأئمة، [وأنهم لم يطردوا][(٧)] الخلاف المذكور في المستولدة فيها؛ لأن المستولدة ثبت لها حق الحرية، وفراشها شبيه بفراش النكاح.

والإمام والغزالي حكيا الخلاف فيها - أيضًا - وجهين مع ثالث: أنه لا استبراء على القِنَّة بعد العتق، ويجب على المستولدة.

(١) في د: المستراة.
(٢) في أ: في وجوب استبراء الحرة.
(٣) في أ: في.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: فحكم.
(٦) في أ: الموطئ.
(٧) في أ: وأنتم لم تطردوا.

وإذا مات عن الأمة ولم تعتق بموته، لم يكن عليها استبراء عنه، لكن على من انتقلت إليه إذا أراد الوطء، كما تقدم.

ولو أعتق الأمة غير المستفرشة، لم يلزمها استبراء بلا خلاف، وإن أفهم كلام الغزالي [أنه وجه](١)، صرح به الرافعي.

فرع: حيث قلنا: يجب استبراء المستولدة أو المعتقة بعد العتق؛ لأجل(٢) التزويج، فلو أراد السيد أن يتزوجها ففيه وجهان:

أصحهما: الجواز؛ كما يجوز أن ينكح المعتدة منه، وهذا ما جزم به الماوردي فيما إذا كان بائع الأمة قد استبرأها قبل بيعها للمعتق.

قال: و(٣)**إن مات عنها [وهي مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء**؛ لأنها ليست فراشًا للسيد](٤) والحالة هذه؛ فلم يلزمها الاستبراء كما لو لم تكن موطوءة.

وأيضًا: فإن الاستبراء لطلب حل أو لاستباحة نكاح، وهي مشغولة بحق الزوج؛ فلا يطلب منها حل، ولا تنكح غيره.

وخرج [ابن سريج](٥) قولًا: أنه يلزمها الاستبراء؛ كما لو وُطِئت منكوحةُ إنسانٍ بشبهة، فشرعت في عدة وطء الشبهة، ثم مات الزوج أو طلقها - فإنه يلزمها العدة عنه.

وأضاف المتولي هذا القول إلى الإصطخري.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي(٦): أنه منصوص عليه في القديم(٧).

فعلى الأول: لو أعتقها أو مات عنها وهي في عدة وطء شبهة، فهل يلزمها الاستبراء؟ فيه وجهان:

أشهرهما: الوجوب.

وميل(٨) البغوي إلى مقابله.

ولو مات السيد أو أعتقها بعد انقضاء عدتها عن طلاق الزوج أو موته، لم يلزمها الاستبراء على وجهٍ؛ لأن براءة الرحم قد عرفت بالعدة.

---

(١) في أ: لزومه.
(٢) في أ: بهجر.
(٣) في التنبيه: أو.
(٤) في د: السيد.
(٥) في أ: له شريح.
(٦) في أ: السيد.
(٧) في أ: القدم.
(٨) في أ: قبل.

والمنصوص وظاهر المذهب: أنه يجب، إلا أن من الأصحاب من يشترط لوجوبه أن يقع إعتاق السيد أو موته بعد انقضاء العدة بلحظة؛ لتعود فيها فراشًا للسيد، وهذا ما يقتضيه كلام الشيخ في مسألة «موت السيد والزوج» الآتية من بعد. ومنهم من لم يشترط ذلك.

وقد بني الخلاف في وجوب الاستبراء هاهنا على ما إذا انقضت عدة الزوج والسيد حي، هل تعود فراشًا؟ ومذهب(١) الشافعي وما ظهر من منصوصاته في كتبه - على ما حكاه الماوردي-: أنها تعود فراشًا للسيد، وتحل له من غير استبراء، كما إذا رهنها ثم زال الرهن. فعلى هذا: يلزمها الاستبراء بموت السيد.

وحكى ابن خيران قولًا ثانيًا تفرد بنقله عن الشافعي في القديم: أنها لا تعود فراشًا، ويجب عليه الاستبراء إذا أراد وطأها.

فعلى هذا: هل يلزمها الاستبراء بموت السيد؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا مات وليست فراشًا له، وبناهما الماوردي على أصل، وهو(٢) أن استبراء [أم الولد](٣) هل وجب لحرمة الولد؟ أو [لرفع](٤) الفراش؟ وفيه وجهان، أحدهما -وهو قول أبي سعيد الإصطخري-: الأول؛ فعلى هذا يجب الاستبراء، وعلى الثاني: لا يجب، وهو الذي جزم به ابن الصباغ.

قال: ولو مات السيد والزوج، أحدهما قبل الآخر، ولم يُعلم السابق منهما - فإن كان بين موتهما شهران وخمس ليال فما دونها لم يلزمها الاستبراء -

وهذا لفظ الشافعي، كما حكاه ابن الصباغ؛ لأنها تكون عند موت السيد الذي يجب الاستبراء بسببه: إما مزوجة إن كان السيد قد مات أولًا، أو معتدة إن كان الزوج قد مات أولًا، وقد بينا أنه لا استبراء عليها في الحالين، ويلزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من موت الثاني؛ لاحتمال أن يكون السيد هو الذي مات أولًا؛ فتكون حرة عند موت الثاني.

وما ذكرناه مبني على أنه إذا مات وهي في العدة لا يجب عليها استبراء، أما إذا قلنا بأنه يجب فالحكم كما في المسألة بعدها.

واعلم أن النووي قال: قول الشيخ في هذه المسألة: «شهران وخمس ليال»، صوابه: «شهران وخمسة أيام بلياليها».

---

(١) في أ: ويذهب.
(٢) في أ: بين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: عند.

قلت: وما قاله الشيخ إن أجري على ظاهره لم يكن فيه مؤاخذة من جهة الحكم؛ لأن غايته أن يكون بين موتهما دون عدة الأمة عن[١] الوفاة، فإنها شهران وخمسة أيام وخمس ليال، والحكم لا يتغير بذلك. وإن حمل على أن المراد أن يكون بين موتهما عدة الأمة للوفاة - وهو الظاهر، كما حكاه في «التهذيب» - فقد سبق في كتاب العدد، الجواب عنه، لكن يكون ما ذكره الشيخ فيما إذا كان بين موتهما شهران وخمس ليال مفرعًا على أنه لو تحقق موت السيد آخرًا والحالة هذه لا يلزمها الاستبراء [كما أشرنا إليه من قبل، أما إذا قلنا: إنه يلزمها الاستبراء][٢] فيكون الحكم كما هو في الحالة الثانية.

قال: وإن كان أكثر لزمها الأكثر من عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشر وحيضة؛ لأنه يحتمل أن يكون الزوج مات أولًا؛ فتكون وقت موت السيد قد عادت إلى فراشه؛ فيلزمها الاستبراء. ويحتمل أن يكون السيد مات أولًا؛ فتكون عند وفاة الزوج حرة؛ فيلزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر. فيلزمها[٣] أكثرهما؛ لأنها تخرج به عما عليها بيقين.

قال: و[٤] **الاستبراء**، أي: بالحيضة، والأشهر المعتبرة في عدة الوفاة تعتبر[٥] من موت الثاني منهما.

أما اعتبار الحيضة؛ فلأنا إنما أوجبناها لاحتمال أن يكون الثاني هو السيد، وإلا لم تجب.

وأما اعتبار الأشهر؛ فلما ذكرناه من قبل.

فعلى هذا: إذا حاضت حيضة كاملة بعد موت الثاني منهما، وقبل استكمال أربعة أشهر وعشر من موت الثاني - يلزمها أن تصبر إلى انقضائها.

وإن انقضت أربعة أشهر وعشر من موت الثاني قبل أن تحيض حيضة، لزمها أن تصبر إلى أن تحيض حيضة.

وعبارة الأصحاب في ذلك: لزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من موت الثاني منهما، فيها حيضة.

وعبارة[٦] الشيخ أحسن.

---

(١) في أ: عند.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فلزمها.
(٤) في التنبيه: أو.
(٥) في أ: يعتبر.
(٦) في أ: وعاده.

ولا فرق بين أن تأتي الحيضة في أول الشهور أو آخرها.

وحكى أبو إسحاق المروزي وجهًا: أنه يشترط أن تكون الحيضة بعد مضي شهرين وخمس ليال؛ كي لا يجتمع الاستبراء وعدة الزوج. وغلّط قائله؛ لأن الاستبراء إنما وجب لاحتمال أن يكون الزوج مات أولًا، وإذا كان كذلك فعدة الزوج انقضت قبل موت السيد؛ فلم يجتمعا.

ثم اعلم أن ما ذكرناه مفرع على أن أم الولد تعود فراشًا للسيد بموت الزوج، ومصوَّر[١] بما إذا كانت من ذوات الأقراء. أما إذا قلنا: إنها لا تعود فراشًا، أو كانت من ذوات الشهور - كفاها مضي أربعة أشهر وعشر من موت الثاني منهما.

تنبيه: اعتبار وجود الحيضة الكاملة في الأشهر والعشر أو بعدها، قد يظن أنه إنما يكون إذا قلنا: إن الاستبراء يكون بالحيض، أما إذا قلنا: إنه يكون بالطهر، فلا يعتبر، ونحن نقول: لا شك أنه يعتبر إذا قلنا: إن الاستبراء بالحيض، أما إذا قلنا: إنه بالطهر، فينظر:

إن كان موت الثاني في الطهر فكذلك الحكم؛ لأنه لا بد من وجود الحيضة، سواء اكتفينا ببقية الطهر أو لم نكتفِ كما حكيناه من قبل، وقال الماوردي: إنه لم يقل أحد بخلافه.

وإن كان في الحيض فقد تقدم في اعتبار الحيضة [الكاملة - والحالة هذه؛ تفريعًا على هذا القول - وجهان، وأن الأظهر منهما والأقيس عند القاضي الروياني: أنه لا بد منها؛ فعلى هذا يكون اعتبار وجود الحيضة][٢] لا بد منه على القولين جميعًا.

واعلم أن ما شرحته هو ما وجدته في أكثر ما وقفت عليه من النسخ، وفي بعض الشروح ما يقتضي أن كلام الشيخ: لزمها الأكثر من عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشر، والاستبراء، [أو الاستبراء][٣] يعتبر - أي الأكثر - من موت الثاني منهما. وهذا كلام صحيح حسن، وهو راجع لما ذكرناه.

قال: ولا ترث[٤] **من الزوج شيئًا**؛ لأن الميراث لا يستحق إلا بالتيقُّن[٥]، ولم يوجد، مع أن الأصل عدم استحقاق الإرث، ويخالف وجوب العدة حيث أوجبنا

---

(١) في أ: ويتصور.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يرث.
(٥) في د: باليقين.

عليها عدة الحرائر؛ لأن العدة واجبة عليها بيقين، فلا تخرج منها بالشك.

فإن قيل: لِمَ لا أوقفتم لها نصيب زوجة؛ لاحتمال أن يكون السيد مات أولًا؛ كما لو طلق إحدى امرأتيه ولم يبين حتى مات؟!

قيل: لأن ميراث أم الولد متردد بين استحقاقه وإسقاطه؛ فلم يجز وقفه مع الشك، وميراث إحدى الزوجتين متحقق قطعًا؛ فجاز أن يوقف على بيان مستحقه.

فإن قيل: هذا الفرق يفسد بما إذا كانت إحدى الزوجتين ذمية؛ فإنه يوقف، ولو احتمل أن تكون المسلمة هي المطلقة فلا إرث لواحدة منهما.

قيل: لا نسلم أنه يوقف لهما شيء والحالة هذه؛ تمسكًا بما حكي عن الغزالي من قبل.

وعلى تقدير التسليم - وهو ما حكاه الماوردي وابن الصباغ هنا - فالفرق: أن الأصل في المسلمة[(١)]: أنها تستحق الميراث؛ فلم يسقط ميراثها بالشك، والأصل في أم الولد أنها غير وارثة؛ فلم يوقف لها الميراث.

فرع: لو شككنا هل بين موتهما شهران وخمس ليال أو أكثر، كان الحكم كما لو تحققنا أن بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال.

ووراء الصور التي ذكرناها ثلاث صور:

إحداها: أن يموت السيد أولًا؛ فلا يجب عليها استبراء على الصحيح، ويجب عليها أن تعتد عن الزوج أربعة أشهر وعشرًا.

الثانية: أن يموت الزوج أولًا؛ فعليها أن تعتد عنه عدة الوفاة، لكن ينظر:

إن مات السيد قبل استكمال شهرين وخمس ليال فقد عتقت في أثناء العدة، وفي وجوب استكمال عدة الحرائر عليها قولان، ولا يجب عليها استبراء على الصحيح، وعلى قول الوجوب تأتي به بعد فراغ عدة الوفاة [إن كانت ممن لا تحيض، أو لم تَرَ الحيض فيما بقي من مدة عدة الوفاة،][(٢)] وإن رأته، قال الرافعي: كفى.

وإن مات بعد مضي ذلك فقد انقضت عدة الوفاة، ووجب عليها الاستبراء على الصحيح؛ بناء على أنها تعود فراشًا.

الثالثة: أن يموتا معًا؛ فلا استبراء على الصحيح، ويجب عليها عدة الحرائر على الصحيح عند البغوي، وهو موافق لما حكيته عن الماوردي فيما إذا وقع الطلاق والعتق معًا: أنها تعتد عدة الحرائر وجهًا واحدًا، وعند الغزالي: عدة

---

(١) في د: المسألة.

(٢) سقط في أ.

الإماء[1] ؛ تفريعًا على أنها إذا عتقت في أثناء العدة تتم عدة أمة، أما إذا قلنا: عدة حرة، فهاهنا أولى.

قال: وإن اشترك اثنان في وطء أمةٍ - أي: لهما أو لغيرهما - بشبهة، لزمها عن كل واحد منهما استبراء؛ لأن الاستبراء لحقهما فلا يتداخلان[2] ، كالعدتين.

ومن أصحابنا من قال: يكفيها استبراء واحد.

ثم محل وجوب الاستبراء في الوطء في الشبهة إذا لم يظن الواطئ أنها زوجته، أما إذا ظن أنها زوجته فهل يجب عليها الاستبراء والعدة؟ فيه تفصيل مذكور في العدد.

فرع: إذا أتت الأمة المشتراة[3] بولد، فقال البائع: هو مني - نظر:

إن صدقه المشتري قبل منه، وبطل البيع، وحكم بحرية الولد، وبأن أمه أم ولد.

وإن كذبه المشتري، وكان البائع قد أقر بالوطء عند البيع أو قبله، ولم يكن استبرأها[4] قبل البيع - فالحكم كذلك، سواء أتت به لدون ستة أشهر أو أكثر، ولا يمين على البائع، قال الماوردي: لأن البائع لو رجع عن إقراره لم يقبل.

وهكذا الحكم لو ادعى الاستبراء، ثم أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت البيع، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع لم يلحقه، والبيع بحاله.

وإن لم يكن قد أقر بالوطء حال البيع، ولا قبله - لم يقبل قوله، وفي ثبوت نسب الولد منه فيما إذا أتت به لزمانٍ يمكن أن يكون منه، قولان.

ثم حيث نفينا الولد عنه هل يلحق بالمشتري؟ ينظر:

إن لم يطأها لم يلحقه، وكذا إن وطئها وأتت به لدون ستة أشهر من وقت وطئه.

وإن أتت به لستة أشهر فأكثر لحقه.

وحيث حكمنا بلحوقه بالبائع فيما إذا أتت به لستة أشهر من وقت الوطء، ولم يكن استبرأها، وكان المشتري قد وطئها، وبين وطئه وولادتها ستة أشهر - عُرض على القائف.

---

(١) قوله: الثالثة: إذا زوج أمته ثم مات السيد والزوج معًا، فلا استبراء على الصحيح ويجب عليها عدة الحرائر على الصحيح عند البغوي، وعند الغزالي عدة الإماء. انتهى.
ومقتضاه أن البغوي قد حكى خلافًا وليس كذلك، بل هو جازم، وقد وقع التعبير بالقطع في الشرح والروضة. [أ و].

(٢) في أ: يبدأ خلال. (٣) في د: المستبراة. (٤) في أ: استبراؤها.

فرع آخر: إذا أخبرت الأمة المشتراة[1] سيدها بالحيض اعتمد على قولها، ولا تحلف، ولو امتنعت على السيد، فقال: قد أخبرتني بتمام الاستبراء، فالمصدق السيد، ووجهوه بأن الاستبراء باب من التقوى مفوض[2] إلى السيد، وليس ذلك بحال الخصومات، ولو لم يكن كذلك، لحلنا بين السيد وبينها كما نحول بين الزوج والمعتدة عن وطء الشبهة[3]، لكن هل لها أن تحلفه؟ فيه وجهان يقربان من الوجهين فيما إذا ورث جارية من أبيه أو ابنه، فامتنعت وادعت أن مورثه أصابها، وأنها حرمت عليه بالإصابة، في جواز تحليفها له؛ فإنه لا يلزمه تصديقها، لكن الورع لا يخفى.

هذا ما حكوه هاهنا في هذه المسألة المستشهد[4] بها، ورأيت في «تعليق» القاضي الحسين بعد فصل أوله: «إذا قال لزوجته: أنت طالق في الشهر الماضي، أو قالت أمة لغير سيدها: أنا أختك من الرضاع، ثم ملكها ذلك الرجل يومًا ما - لا يحل له الاستمتاع بها.

ولو قالت ذلك لسيدها:

فإن كان بعدما مكنته، لا يقبل قولها.

وإن كان قبل التمكين، فوجهان، وجعل ظاهر المذهب القبول في نظير المسألة في النكاح إذا كانت بكرًا، وزوجت بغير إذنها، ومقتضى هذا الخلاف أن يجري في هذه المسألة أيضًا، فليتأمل.

وفي أصل المسألة وجه: أن القول قولها؛ فإن[5] الأصل عدم انقضاء الاستبراء، وهذا الوجه كنت قد [أبديته][6] احتمالًا.

* * *

(١) في د: المستبرأة.
(٢) في أ: معوض.
(٣) في أ: الشبه.
(٤) في أ: المسيب.
(٥) في د: وأن.
(٦) سقط في أ.

باب الرضاع

الرضاع - بفتح الراء وبكسرها-: اسم لمص الثدي، وشرب اللبن.

يقال: رَضِعَ الصبي أمه - بكسر الضاد - يَرْضَعها رضاعًا، وأهل نجد يقولون: رَضَع يرضِع، بكسر الضاد في المضارع، كـ «ضرب يضرب ضربًا»، وأرضعته أمه.

وامرأة مرضع، أي: لها ولد ترضعه، فإن وصفتها بإرضاعه قلت: مرضعة.

والأصل في إثبات حكمه - قبل الإجماع - على الجملة ما سنذكره من الكتاب والسنة.

قال: إذا ثار للمرأة لبن، أي: ظهر، على ولد، فارتضع(١) منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات - صار ولدًا لها، وأولاده أولادها، وصارت المرأة أمًّا له، وأمهاتها جداته، وآباؤها أجداده، وأولادها إخوته وأخواته، [وإخوتها](٢) وأخواتها أخواله وخالاته.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، نص الله - تعالى - على هاتين؛ للتنبيه، لا لاختصاص الحكم بهما؛ فإن الأصل في النسب هاتان؛ لأن النسب مشتمل على قطب وجوانب(٣)، فالأمهات أصل القطب، فنص عليها، ونبه بها على من هو [قطب النسب، والأخوات أصل الجوانب؛ لأنها أول فصل، فنص عليها، ونبه بها على من هو](٤) في جوانب النسب، وإلا فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله لعلي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - وقد قال له: يا رسول الله، هل لك في بنت عمك حمزة؛ فإنها أجمل فتاة في قريش؟: «أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ حَمْزَةَ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَأَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا حَرَّمَ مِنَ

---

(١) في أ: فإن وضع.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في د: وأمهات.
(٤) سقط في أ.

النَّسَبِ؟!»[١] كما رواه الشافعي مسندًا عن علي بن أبي طالب.

وقد وردت أخبار في ذلك تدل على هذا المعنى، ونذكرها في الباب، إن شاء الله تعالى.

ولا فرق - فيمن ذكرناهم - بين أن تكون نسبتهم إلى الأم المرضعة من جهة الأبوين أو أحدهما، ولا بين النسب والرضاع، وحكم إخوة أمها وأخواتها، وإخوة جدتها وجداتها من الطرفين - كما ذكرنا ضابط ذلك في النسب في باب ما يحرم من النكاح - حكم الأخوال والخالات.

واعلم أن الشيخ - رحمه الله - نبه بما ذكره في صدر الباب على أركان الرضاع وبعض شرائطه، ويحتاج إلى بيان ما يخرج بذلك، وما[٢] يدل على المدَّعَى؛ فإن مدار الباب على ذلك، وما ذكره من بعد فهو في معرض البيان والتتمة له، وقد يطول الكلام فيه، لكن الضرورة تدعو إليه:

فاعتبار لبن المرأة في ثبوت ما ذكرناه يخرج ثلاثة ألبان:

أحدها: لبن الرجل المنفصل عن ثديه[٣]، لا يثبت مثل ذلك؛ لأن اللبن من أثر الولادة، والولادة تختص بالنساء.

وأيضًا: فإنه لم يخلق [لغذاء الولد][٤]؛ فلم يتعلق به التحريم كسائر المائعات[٥].

وعن الكرابيسي[٦] من أصحابنا: أنه يثبت ذلك.

الثاني: لبن الخنثى[٧] المشكل إذا لم نجعل رؤيته مزيلة للإشكال على الرأي الظاهر، كما فصلناه في باب ما يحرم من النكاح، ولم تظهر أنوثته [لا يثبت ذلك؛ لعدم تحقق الشرط، أما إذا ظهرت أنوثته][٨]، فإنه[٩] يثبته وإن وجد الإرضاع في حال الإشكال.

الثالث: لبن البهيمة لا يثبت الأخوة بين من ارتضعا منه ولا ما يترتب عليها؛ لأن الأخوة فرع الأمومة، ومنها ينتشر التحريم؛ فإذا لم تثبت الأمومة - التي هي

(١) أخرجه الشافعي في المسند، ص (٣٠٦) كتاب الرضاع، ومسلم (٢/ ١٠٧١) كتاب الرضاع، باب: تحريم ابنة الأخ من الرضاعة (١٢/ ١٤٤٧).
(٢) في د: ولم.
(٣) في أ: لبنه.
(٤) في د: بعد الولادة.
(٥) في أ: المسابقات.
(٦) في أ: الكرايسي.
(٧) في أ: الحثبي.
(٨) سقط في أ.
(٩) زاد في أ: لا.

الأصل - لا يثبت فرعها.

وأيضًا: فلبن البهيمة لا يصلح غذاء للطفل صلاحية لبن الآدميات؛ فلا يشاركها في التحريم.

واعتبار ثوران اللبن على ولد؛ ليخرج اللبن الثائر من غير ولد، وسيأتي الكلام فيه.

واعتبار ارتضاع الطفل؛ ليحترز به عما إذا أوجِرَ اللبنَ؛ فإن فيه تفصيلًا نذكره من بعد.

واعتبار أن يكون له دون الحولين؛ ليحترز به عما فوق الحولين، فإنه لا يحرم عندنا؛ لقوله - تعالى-: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فجعل إتمام الرضاع في حولين، فأشعر بأن الحكم بعد الحولين بخلافه، ويعضده ما روى أبو داود عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ»[(١)]، والكتاب دل على أن الفصال في عامين.

وروي - أيضًا - عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ»[(٢)].

وروي عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «لا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ فِي الثَّدْيِ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ»[(٣)] أخرجه الترمذي، وقال: إنه حديث حسن صحيح.

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده ص(٢٤٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣١٩) كتاب الخلع والطلاق، باب: الطلاق قبل النكاح.

(٢) أخرجه ابن عدي واللفظ له في الكامل (٨/ ٣٩٩)، والدارقطني (٤/ ١٧٤) كتاب الرضاع، برقم (١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٦٢) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في تحديد ذلك بالحولين، من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعا، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٢٤٣) برقم (٩٨٠)، والدارقطني (٤/ ١٧٣) كتاب الرضاع، برقم (٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٦٢) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - موقوفا، وقد صحح البيهقي وقفه ورجحه ابن عدي وابن كثير كما في الروضة الندية لصديق خان (٢/ ٣٢٨).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٥٨) كتاب الرضاع، باب: ما جاء فيما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين، برقم (١١٥٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٣٠١) كتاب النكاح، باب: الرضاعة بعد الفطام قبل الحولين، برقم (٥٤٦٥)، وابن حبان (١٠/ ٣٧) برقم (٤٢٢٤)، من طريق أبي عوانة عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أم سلمة عن النبي ﷺ .... به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم أن الرضاعة لا تحرم إلا ما كان دون الحولين، وما كان بعد الحولين الكاملين فإنه لا يحرم شيئا.

وما ورد من أن النبي ﷺ قال لسهلة بنت سهيل(١)، لما قالت: كنا نرى سالمًا ولدًا، وكان يدخل عليَّ وأنا فُضُلٌ(٢)، وقد نزل من التبني(٣) والحجاب ما قد علمت؟- وفي رواية: وليس إلا بيت واحد فماذا تأمرني؟(٤) - قال: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا»(٥)، وفي رواية: [أَرْضِعِيهِ](٦) خَمْسًا يَحْرُمْ بِهِنَّ عَلَيكِ»(٧)، وأنها فعلت ذلك، فكانت تراه ابنًا؛ فقد روى الشافعي أن أم سلمة قالت في الحديث: «هو خاصة(٨) »(٩)، وهو يوافق ما ذهب إليه نساء رسول الله ﷺ سوى عائشة - من أن ذلك رخصة في سالم وحده.

ثم الحولان معتبران بالأهلة؛ فلو انكسر شهر منها اعتبرنا ثلاثة وعشرين شهرًا بالأهلة، وكملنا الشهر الأول من الشهر الخامس والعشرين.

قال الرافعي: [والقياس أن](١٠) ابتداءهما يكون من وقت استكمال خروج الولد.

وقال في «البحر»: «لو خرج نصف الولد، ثم بعد مدة خرج الباقي، فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه». هذا لفظه.

وحكى القاضي ابن كج فيه وجهين، وحكى وجهين - أيضًا - فيما لو ارتضع قبل أن ينفصل جميعه هل تتعلق به الحرمة.

وحكى ابن يونس عن الصيمري: أن الاعتبار بخروج بعض الولد، لا خروج جميعه، فإن أراد بالبعض: النصف، كان موافقًا لما ذهب إليه صاحب «البحر»،

---

(١) في د: سهل.
(٢) في د: فضلى.
تنبيه: ذكر المصنف في حديث سهلة بنت سهيل قالت: كنا نرى سالمًا ولدًا، وكان يدخل عليَّ وأنا فضل. انتهى.
الفُضُل - بفاء وضاد معجمة مضمومتين - هي التي خلعت ثيابها التي تلبسها عند الخروج. [أ و].
(٣) في أ: البي.
(٤) في أ: يأمري
(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦٠٥-٦٠٦) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، برقم (١٢)، ومن طريقه الشافعي في مسنده ص (٣٠٧) كتاب الرضاع.
(٦) سقط في أ.
(٧) ذكرها الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٣٦٥).
(٨) في أ: خاص
(٩) ذكره الشافعي في الأم (٥/ ٢٩).
(١٠) سقط في د

وإن أراد غيره تحصل في ابتداء المدة ثلاثة أوجه: خروج الكل، خروج النصف، خروج البعض كيف قدر.

فرع: لو ارتضع أربع رضعات في استكمال الحولين، ثم استكملهما قبل فراغ الرضعة الخامسة - قال في «التهذيب»: المذهب حصول الحرمة؛ لأن ما يعتد به من الرضاع غير مقدر، وقيل: لا تثبت. قال: وليس بصحيح.

واعتبار الخمس رضعات؛ ليحترز بها عما صار إليه أبو ثور من أن ذلك يثبت بثلاث رضعات، وعما صار إليه أبو حنيفة؛ فإنه أثبت ذلك برضعة واحدة.

ودليلنا: ما رواه مسلم عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُنَّ مِمَّا نَقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ»[1]، فلما أخبرت أن التحريم بالعشر منسوخ بخمس دل على ثبوت التحريم بالخمس؛ لأنها دونها، ولو وقع التحريم بأقل منها بطل أن يكون الخمس ناسخًا، وصار منسوخًا كالعشر.

وقول عائشة: «وهن فيما يقرأ من القرآن» - محمول على قراءة حكمها، أو العمل بها.

وقال الماوردي: إنما أضافت عائشة ذلك إلى القرآن - مع أن العشر نسخن بالخمس[2] إنما كان بالسنة[3] - لما في القرآن من وجوب العمل بالسنة، كالذي روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: [إن الله - سبحانه وتعالى - لعن الواصلة والمستوصلة في كتابه العزيز، فقالت امرأة:][4] ما وجدت هذا [في][5] الكتاب، فقال أنس: أليس الله - تعالى - يقول في كتابه العزيز: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧].

وأيضًا: فإن حديث سهلة بنت سهيل يدل على اعتبار الخمس من وجهين:

أحدهما: قوله ﷺ: «يَحْرُم بِهِنَّ عَلَيْكِ»، فلم يجز أن يحرم بما دونها؛ لما فيه من إبطال حكمه في وقوع التحريم [بالخمس.

والثاني: أن رضاع سالم حال ضرورة يوجب الاقتصار على ما تدعو إليه

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٥) كتاب الرضاع، باب: التحريم بخمس رضعات، برقم (٢٤/ ١٤٥٢).
(٢) في د: الخميس.
(٣) في د: بالنسبة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.

الضرورة؛ فلو وقع التحريم] [(١)] بأقل منها لاقتصر عليه.

فإن قيل: هذا ورد في رضاع الكبير، ورضاعه منسوخ بزعمكم؛ فلم يجز التعلق به؟

ففيه جوابان:

أحدهما: أنه يشتمل[(٢)] على حكمين:

أحدهما: رضاع الكبير.

والثاني: عدد ما يقع به التحريم.

ونسخ أحد الحكمين لا يوجب سقوط الآخر؛ كما قال تعالى: ﴿وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ ...﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾ [النساء: ١٥]؛ فإن ذلك يشتمل على حكمين:

أحدهما: عدد البينة في الزنى.

والثاني: إمساكهن في البيوت إلى الموت حدًّا في الزنى، ثم نسخ هذا الحد، ولم يوجب ذلك سقوط عدد البينة.

والجواب الثاني: أن رضاع الكبير حرم عند جواز التبنِّي؛ لأن سهلة وأبا حذيفة تبنيا سالمًا، وكان التبني مباحًا، وكانا يريان سالمًا ولدًا، فلما حرم التبني ونزل الحجاب حرمه رسول الله ﷺ بالرضاع عن تبنيه المباح؛ ليعود به إلى التبني الأول، فلما نسخ الله - سبحانه وتعالى - بقوله: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ ...﴾ الآية [الأحزاب: ٥]، سقط[(٣)] ما تعلق به من رضاع الكبير؛ لأن الحكم إذا تعلق بسبب ثبت بوجوده وسقط بعدمه؛ فصار رضاع الكبير غير محرم؛ لعدم سببه، لا لنسخه.

وروى النسائي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ الْمَصَّةُ وَلا الْمَصَّتَانِ [(٤)]، وَلا يُحَرِّمُ إلا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ مِنَ اللَّبَنِ»[(٥)].

وروى غيره أنه - عليه السلام - قال: «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَالْمَصَّتَانِ وَلَا الرَّضْعَةُ

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: يشمل.
(٣) في أ: يسقط.
(٤) في أ: المصتين
(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣/ ٣٠٠) كتاب النكاح، باب: القدر الذي يخرج من الرضاعة، برقم (٥٤٦١) من طريق محمد بن إسحاق عن إبراهيم بن عقبة قال: كان عروة يحدث عن حجاج بن حجاج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ ... فذكره. =

وَلَا الرَّضْعَتَانِ»[١]، والمراد بالمصة: الجرعة يجرعها، وبالرضعة: الرضعة التامة في العادة.

والدليل عليه - من جهة المعنى-: أن كل سبب يقع به التحريم المؤبد إذا عري عن جنس الاستباحة افتقر إلى [العدد كاللعان، وما لم يَعْرَ عن جنس الاستباحة لم يفتقر إلى][٢] العدد كالنكاح والوطء.

ووراء ما ذكرناه من المذهب وجهان آخران:

أحدهما: كمذهب أبي حنيفة.

والثاني: كمذهب أبي ثور، قال ابن المنذر: واختاره مشايخنا.

فلو حكم حاكم بالتحريم برضعةٍ لم ينقض حكمه، وإن كنا نفرع على ظاهر المذهب، وعن الإصطخري: أنه ينقض.

واعتبار التفريق؛ كي لا يكون الجميع رضعة واحدة، وسيأتي الكلام فيما تتم به الرضعة الواحدة عن أكثر منها.

قال: وإن كان الحمل ثابت النسب من رجل، أي: بنكاح، أو ملك يمين، أو شبهة - صار الطفل ولدًا له، وأولاده أولاده، وصار الرجل أبا له، وأمهاته جداته، وآباؤه أجداده، وأولاده إخوته وأخواته، وإخوته وأخواته أعمامه وعماته.

الأصل في ذلك ما روى مسلم عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «جاء عمي من الرضاعة يستأذن عليَّ، فأبيت[٣] أن آذن له، فقال رسول الله ﷺ: «فَلْيَلِجْ عليك عمك». قلت: إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل. قال: «إِنَّهُ عَمُّكِ؛ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ»[٤].

وعنها في هذا الحديث: «أن الرضاع يحرِّم ما يحرُمُ من النسب».

= قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٢٧٧): وقال ابن عبد البر: لا يصح مرفوعًا وصححه غيره كما قال عبد الحق؛ لأن الذي رفعه حماد بن سلمة وهو ثقة واعترض ابن القطان عَلَى عبد الحق فقال: هو من رواية ابن إسحاق، ولم ينبه.ا هـ.

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٤) كتاب الرضاع، باب: في المصة والمصتان، برقم (٢٠/ ١٤٥١) من حديث أم الفضل - رضي الله عنها - بلفظ: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان، أو المصة أو المصتان».

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ما ثبت

(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٢٤٩) كتاب النكاح، باب: ما يحل من الدخول (٥٢٣٩)، ومسلم (٢/ ١٠٧٠) كتاب الرضاع،باب: تحريم الرضاعة (٧/ ١٤٤٥).

وما رويناه من حديث علي، كرم الله وجهه!

ولأن الولد مخلوق من مائهما؛ فكان الولد لهما وإن باشرت الأم ولادته؛ فاقتضى أن يكون اللبن الحادث عنه لهما وإن باشرت الأم رضاعه، وإذا كان اللبن لهما وجب أن تنتشر حرمته إليهما.

ولا فرق فيمن ذكرناهم بين أن تكون نسبتهم إلى الأب الذي له اللبن من جهة الأبوين أو من أحدهما، ولا بين النسب والرضاع [وحكم إخوة الجد وإن علا، وأخواته من الطرفين من النسب والرضاع -][(١)] حكم إخوة الأب وأخواته [، هذا][(٢)] هو المذهب.

وفي «الذخائر»: أن بعض أصحابنا حكى عن الشافعي أنه قال: نشر الحرمة إلى الفحل خارج عن القياس؛ فإن اللبن لا ينفصل عنه، وإنما ينفصل عنها.

وذهب ابن بنت الشافعي إلى أن الحرمة لا تثبت معه.

وعن صاحبي «التقريب» و«التلخيص»، و«الجامع الكبير» للمزني رواية قول: أن اللبن من وطء الشبهة لا يثبت الحرمة من جهة الفحل؛ لأنه لا ضرورة إلى إثبات حرمة الرضاع، بخلاف النسب والعدة.

وفي «الجيلي» في آخر الباب حكاية وجه: أن لبن أم الولد لا يحرم المرضعة على السيد؛ بناء على أصلين:

أحدهما: أنه لا يجوز له أن يزوجها.

والثاني: أنه لا يجوز إجبار المملوك على النكاح.

واحترز الشيخ بقوله: ثابت النسب، عما إذا كان الحمل من وطء زنى؛ فإنه لا تثبت به الحرمة من جهة الواطئ، والأحكام من جهة الأم ثابتة .

قال الرافعي: وقد حكينا في النكاح وجهًا: أن الزاني لا يجوز له أن ينكح بنت الزنى؛ فيشبه أن يجيء ذلك الوجه هنا.

وعن المنفي باللعان إذا ارتضع طفل بلبنه؛ فإن الحكم فيه كولد الزنى.

نعم، إذا استلحقه ثبتت حرمة الرضاع - أيضًا - كما إذا نفاه بعد الرضاع انتفت حرمة الرضاع تبعًا، وإن لم يتعرض لنفيه في اللعان.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بائن.

قال الرافعي: ولم يذكروا هاهنا الوجهين المذكورين في نكاح المنفية باللعان، ولا يبعد أن يُسَوَّى بينهما.

تنبيه: قول الشيخ - في أول الباب-: «صار ولدًا لها»، ثم قال: «وصارت المرأة أمًّا له ...» إلى آخره، مع أن العلم حاصل بأنه إذا صار ولدًا لها، صارت أمًّا له، وكذلك قال في هذا الفصل: «صار الطفل ولدًا له ...» إلى آخره، «وصار الرجل أبًا له»، مع أن العلم حاصل بأنه إذا كان ولدًا له كان ذاك أبًا له؛ فأي فائدة في ذكر ذلك؟!

فجوابه: أن الشيخ لما ذكر في «باب ما يحرم من النكاح» المحرماتِ بسبب النسب، وعَدَّها، ثم ذكر بعد إعراض محرمات أُخَرَ، وما حرم من ذلك بالنسب حرم - أي: مثله - بالرضاع، فأراد أن يبين في هذا الباب الأمومة والأبوة وما عداها؛ لينطبق الكلامان على معنى واحد، وعلى ذلك جرى الأئمة.

ويجوز أن يقال: لم يذكر الشيخ ذلك ليبين الأمومة والأبوة؛ فإنها ظاهرة -كما ذكرتم - ولكن ذكر ذلك؛ لأن [أصول][1] الرضاع التي[2] ينتشر منها التحريم ثلاثة: المرضعة، ومن حملها منسوب إليه، والمرضع؛ فذكرهما ليبين أن منهما ينتشر التحريم إلى من هو منسوب إليهما[3]، كما ذكر أن التحريم من الولد ينتشر إلى ولده، وإن كان ذلك غير قاصر عليهم، والله أعلم.

قال: ويحرم النكاح بينهما بالرضاع كما يحرم بالنسب؛ للخبر، وقد تقدم الكلام في ذلك في باب ما يحرم من النكاح.

قال: ويحل لهما الخلوة والنظر كما يحل بالنسب؛ لحديث عائشة.

وتخصيص الشيخ هذين الحكمين بالذكر مع إثبات الأمومة وما يتفرع عنها، وكذلك الأبوة - يعرفك أنه لا يثبت بسبب الرضاع غيرهما من الأحكام: كالولاية في النكاح، والمال، والميراث، والنفقة، والعتق، وسقوط القصاص، ورد الشهادة، ومنع صرف الزكاة إليه، وغير ذلك، وهذا متفق[4] عليه بين الأصحاب.

فائدة: قال الماوردي: قد سمى الله - تعالى - بالأم ثلاثة أصناف من النساء: الوالدة، والمرضعة، وأزواج النبي ﷺ.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ، د: الذي.
(٣) في د: إليها.
(٤) في أ: يتفق.

فالوالدة: مستوجبة لجميع أحكام النسب.

والمرضعة: مقصورة على ما ذكرناه.

وفي أزواج رسول الله ﷺ وجهان:

أحدهما : يشاركن المرضعة في التحريم والمحرمِيَّة.

والثاني: ينفردن بالتحريم دون المحرمية[١].

قال: وإن ارتضع، ثم قطع باختياره، من غير عارض - أي: ولم يعد إليه على قرب - كان ذلك رضعة.

لـمَّا ورد الشرع باعتبار خمس رضعات وجب تحديد الرضعة وتقديرها، والمقادير تؤخذ من أحد ثلاثة أشياء: من شرع، أو لغة، أو عرف، وليس في الشرع واللغة لذلك حد؛ فوجب أن يؤخذ من العرف كالحرز والإحياء والقبض، والعرف ما ذكره.

أما إذا قطع لعارض: كانقطاع النفس، [أو اللعب] [٢]، أو لازدراد ما اجتمع في فمه، وما جانس ذلك، ثم عاود - فالمجموع رضعة واحدة؛ لأن [العرف][٣] قاضٍ بذلك: كمن حلف لا يأكل إلا مرة، ففتن[٤] في أكله بسبب ما ذكرناه، ثم عاود الأكل؛ فإنه لا يحنث.

وألحق الشيخ إبراهيم المروزي بذلك ما لو قامت المرضعة فاشتغلت بشغل خفيف، ثم عادت للإرضاع، وكذا تنقله[٥] من أحد الثديين بعد إنفاد ما فيه إلى الآخر؛ فإن ذلك رضعة، كذا حكاه الماوردي عن النص، ولم يتعرض في «شرحه» لإنفاد ما في المنتقَل عنه، ولو قل زمان الفترة[٦] بين الانقطاع والعود كان الجميع رضعة.

ولا فرق فيما جعلناه رضعة بين أن يصل إلى الجوف منها قطرة أو أكثر.

قال: وإن قطعت المرأة عليه لم يعتد بذلك رضعة لعدم كمالها؛ كما لو حلف لا يأكل إلا مرة، فقطع عليه الأكل بغير اختياره، ثم عاود الأكل بعد تمكنه - لم يحنث.

---

(١) في د: المحرم.
(٢) في أ: واللهث.
(٣) في أ: معين.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: انتقلت.
(٦) في د: المدة.

قال الإمام - بعد حكاية هذا عن العراقيين وتضعيفه-: وهذا فيما إذا دام تشوُّف[(١)] الصبي إلى الرضاع في الزمان المنقطع، فأما إذا انقطع تشوفه فهو ملحق بإضرابه.

قال: وقيل: يعتد به؛ لأن الرضاع يعتبر فيه فعل المرضعة والمرتضع على الانفراد، ولا يعتبر اجتماعهما عليه، لأنه لو ارتضع منها [وهي نائمة كان رضاعًا، وإن لم يكن لها فعل، ولو أوجرته لبنًا][(٢)] وهو نائم كان رضاعًا، وإن لم يكن له فعل، وإذا كان كذلك وجب أن يحتسب بقطعها كما يحتسب بقطعه، وهذا هو الأصح في «الرافعي» وغيره.

قال: وإن ارتضع من ثدي امرأة، ثم انتقل إلى ثدي امرأة أخرى، أي: مع قرب الزمان - فقد [قيل][(٣)]: لا يعتد بواحدة منهما لأنه انتقل من إحداهما[(٤)] إلى الأخرى قبل تمام الرضعة؛ فلا يحتسب بكل منهما رضعة؛ كما لو انتقل من أحد الثديين إلى الآخر، وكما لو حلف: لا يأكل إلا مرة، فانتقل من زبدية إلى زبدية، أو من مائدة إلى مائدة، وهذا هو الأصح في «الجيلي»، وقال الإمام: إنه مُزَيَّف.

وقيل: يحتسب من كل واحدة منهما رضعة؛ لأن من شرط الرضعة أن يقع امتصاص الثدي، ولا يعود إليه إلا بعد مدة طويلة، وقد وجد، وهذا هو الأصح في «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب».

تنبيه: الثدي: بفتح الثاء، يذكر ويؤنث، والتذكير أكثر، واستعمله الشيخ مؤنثًا في قوله: «جنى[(٥)] على الثدي فشلَّت»، ويكون الثدي للمرأة وللرجل، وأكثر استعماله في المرأة، ومنهم من خصه بها.

قال: وإن أُوجِرَ من لبنها، أو أُسْعِطَ خَمْسَ دفعات - ثبت التحريم.

أما في الوجور - وهو صب اللبن في حلقه - فلقوله ﷺ: «الرضاع ما شَدَّ العظم وأنبت اللحم»[(٦)] رواه أبو داود، والوجور يحصِّل ذلك.

وقوله - عليه السلام - في قصة سالم لسهلة بنت سهيل: «أَرْضِعِيهِ خَمْسًا

---

(١) في أ: لشوق.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إحديهما.
(٥) في أ: حتى
(٦) أخرجه أحمد (١/ ٤٣٢)، وأبو داود (٢/ ٢٢٢) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، برقم (٢٠٥٩)، والبيهقي (٧/ ٤٦١) كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير، من حديث عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - مرفوعا.

يَحْرُمْ بِهِنَّ عَلَيكِ»[١]، ومعلوم أنه لم [يرد][٢] ارتضاعه من الثدي لتَحْرُم عليه؛ فثبت أنه أراد الوجور.

وأما في السعوط - وهو صب اللبن في أنفه - فلأنه[٣] سبيل يحصل بالواصل منه الفطر؛ فتعلق به التحريم كالفم، ولأن الدماغ جوف التغذي كالمعدة.

قال: وإن حقن، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يثبت التحريم؛ لما ذكرناه في السعوط، وهذا ما اختاره المزني.

والثاني: لا يثبته؛ لأن الرضاع يراد لإنبات اللحم وإنشاز[٤] العظم، وهذا معدوم في الحقنة؛ لأنها لا تصل إلى محل الغذاء، وتراد للإسهال وإخراج ما في الجوف، فخالفت حكم ما يصل إلى الجوف، وهذا هو الأصح، ويقال: إنه الجديد.

وقد أجرى بعض الخراسانيين في السعوط مثل هذين القولين، وضعف ذلك بأن في الدماغ منافذ إلى المعدة؛ فلا يصل شيء إلى الدماغ إلا انحدر منه إلى المعدة؛ فيحصل به التغذي، بخلاف الحقنة.

وحكم تقطير اللبن في الإحليل إذا وصل إلى المثانة، حكم الحقنة. وإن لم يصل، وقلنا: لا يفطر - فلا أثر له، وإلا فعلى القولين في الحقنة.

وكذا لو كان في جوفه جرح، فصب فيه اللبن حتى وصل [إلى الجوف.

وفي «التهذيب»: أنه لو وصل إلى المعدة بخرق في الأمعاء، أو وصل] إلى الدماغ بالصب في مأمومة - ثبت التحريم قولًا واحدًا.

وصب اللبن في العين لا يثبت الحرمة وجهًا واحدًا.

وصبه في الأذن، أطلق الروياني في «البحر»: أنه يحرم.

وفي «التهذيب»: أنه لا يحرم.

وفي «زوائد العمراني» عن «شرح التلخيص»: أنه إن علم الوصول إلى جوف الرأس كان رضاعًا، وإلا فلا.

وفي «النهاية»: أنا قد ذكرنا ترددًا في أن الصائم إذا قطر في أذنه شيئًا هل يفطر؟ فإن قلنا: لا يفطر، لم تتعلق به حرمة المصاهرة، وإن قلنا: يفطر، فالوجه

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) في أ: واستبار.

تخريجه على قولي الحقنة.

وقد حكى الشيخ أبو علي - عن نص الشافعي - أنه لا تتعلق به حرمة الرضاع.

قال: وإن حلبت لبنًا كثيرًا في دفعة واحدة، وفرق في خمس أوان، و[١] **أوجر الصبي في خمس دفعات - ففيه قولان:**

أحدهما: أنه رضعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، فأضاف الفعل إليهن؛ فاقتضى أن يكون فعلهن فيه أغلب، وهو المعتبر في الحكم.

ولأن الوجور فرع الرضاع.

ثم العدد لا يحصل في الرضاع إلا بما ينفصل خمس مرات؛ فكذلك في الوجور، وهذا ما نقله المزني في «المختصر» و«جامعه»، وهو الأصح عند الأكثرين.

والثاني: خمس رضعات؛ تنزيلًا للإناء المنتقل إليه منه منزلة الثدي.

وأيضًا: فإن الرضعات كالأكل، ولو حلف لا يأكل خمس دفعات، فوضع الطعام دفعة واحدة، وأكله في خمس دفعات - كانت خمس أكلات، وهذا ما رواه الربيع.

وكان أبو حامد المروروزي[٢] وجميع البصريين يجعلونه قولًا ثانيًا مخرجًا.

وفي «الجيلي» أنه الأصح في «البسيط»[٣]، وكان أبو إسحاق المروزي وابن أبي هريرة يجعلانه وجهًا قاله مذهبًا لنفسه.

تنبيه: قوله: «خمس أوان»، كان الأجود: «خمسة آنية»؛ لأن «الآنية» جمع «إناء»، و«الأواني» جمع الجمع؛ فيقتضي أن يكون أكثر من خمسة، ويصح كلامه على قولنا: أقل الجمع اثنان[٤]؛ فيكون أقل جمع الجمع أربعة، والله أعلم.

قال: وإن حلبت خمس دفعات، وخلطت، وأُوجِرَ الصبي في دفعة، فهو رضعة، أي: وإن قلنا في المسألة الأولى: إن اللبن خمس رضعات؛ لأنه لم

---

(١) في د: أو

(٢) في د: المذي.

(٣) في أ: السبط.

(٤) في أ: إنياء.

يحصل اللبن في جوفه إلا دفعة واحدة، بخلاف المسألة قبلها؛ فإنه حصل في خمس دفعات.

قال: وقيل: فيه قولان مأخذهما النظر إلى حال الانفصال من الضرع أو حال الاتصال بالصبي، وبهذا الطريق قال صاحب «الإفصاح» وأبو إسحاق.

قال: وإن حلبت خمس دفعات، وخُلِط، وفرق في خمس أوان، وأوجر في خمس دفعات - فهو خمس رضعات؛ لأن حال الانفصال والاتصال متعدد، وهذا أصح الطريقين وعليه أكثر الأصحاب.

قال: وقيل: على قولين؛ لأن التفريق الذي حصل من جهة المرضعة قد بطل بالخلط؛ فأشبه ما لو حلب دفعة وفرق.

ووراء هذه الصور صورتان لا يخفى حكمهما، وهما[(١)]:

إذا حلب في دفعة، وأوجر في دفعة؛ فإنه رضعة.

وإذا حلب في خمس دفعات، وأوجر في خمس دفعات من غير خلط - فذلك خمس رضعات، لا خلاف فيه.

فرع: لو حلب خمس نسوة في إناء واحد، وأوجر الصبي دفعة واحدة - حصلت من كل واحدة منهن رضعة.

وإن أوجر في خمس دفعات، فقد حُكي فيه وجهان، والذي أورده القاضي الروياني منهما: ثبوت التحريم. هذا لفظ الرافعي.

وفي «الحاوي»: أنه إذا أوجر لبن امرأتين في دفعة واحدة، فهل يعتد بذلك عن كل واحدة رضعة، أو لا يعتد به[(٢)] عن واحدة منهما؟ ينبني على أنه إذا ارتضع من ثدي امرأة، ثم انتقل إلى ثدي امرأة أخرى - فإن اعتددنا بذلك عن كل واحدة منهما رضعة فكذلك هاهنا، وإن لم نعتد به ثَمَّ عن واحدة منهما هاهنا فكذلك هاهنا.

فرع آخر: لو شك هل ارتضع خمسًا أو دونها لم يثبت التحريم.

ولو شك هل ارتضع الخمس في مدة الحولين أو فوقها فكذلك على الأصح،

---

(١) في أ، د: وهو.

(٢) سقط في أ.

وبعضهم أشار إلى خلافٍ مأخذه تقابل الأصلين، وربما نسب قول ثبوت الحرمة إلى الصيمري.

قال: وإن جُبِّن اللبن، أو جعل في خبز أو ماء، أي: ولم يستهلك فيه، وأطعم الصبي - حرم؛ لقوله عليه السلام-: «الرَّضَاعُ مِنَ الْمَجَاعَةِ»[1]، وهذا أبلغ في دفع المجاعة من اللبن المنفرد، ولأنه يحصل به التغذية.

وقيل: يشترط أن تكون الغلبة للبن، وبه قال المزني، وهو بعيد.

وحكم اختلاطه بالدواء، والخمر حكم اختلاطه بالخبز والماء، كما ذكرناه.

وحكم الأقط والزبد والمخيض حكم الجبن، ولا يندفع التحريم بحموضة اللبن ولا بغليه، وكذا لا يندفع بفت الطعام فيه، وبعجن الدقيق به وخبزه - على الأصح - خلافًا لما يحكى عن القاضي الحسين.

ولا فرق في ذلك بين أن يطعم الجميع، أو البعض والباقي دون قدر المختلط باللبن.

نعم، هل يشترط أن يكون اللبن قدرًا يمكن أن يسقى منه خمس دفعات لو انفرد عن المخالط، فيه وجهان:

أظهرهما: الاشتراط.

والذي يظهر: أن محل الخلاف فيما إذا أطعم من المختلط خمس دفعات.

تنبيه: «حرم» و«لم يحرم» كله بتشديد الراء.

قال: وإن وقعت قطرة في حُب ماء، فأسقي الصبي بعضه - لم يحرم؛ لأنا نشك هل وصل اللبن إلى البعض الذي شربه أم لا؛ فلا نحكم بالتحريم بالشك.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد ارتضع من صاحبة اللبن قبل ذلك أربع رضعات، أو أسقي من الحب خمس دفعات، وإن شرب الجميع ثبتت الحرمة، كذا قاله القاضي الحسين؛ لأنا تحققنا وصول اللبن إلى الجوف.

وعن صاحب «الإفصاح» و«تعليق» القاضي الحسين وغيرهما حكاية وجه بثبوت الحرمة بشرب البعض في الصورتين؛ لأن المائع إذا خالط المائع، فما من

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٤٦) كتاب النكاح، باب: من قال: لا رضاع بعد حولين، برقم (٥١٠٢)، ومسلم (٢/ ١٠٧٨) كتاب الرضاع، باب: إنما الرضاعة من المجاعة، برقم (٣٢/ ١٤٥٥)، من حديث عائشة - رضي الله عنها- .

قدر يؤجد إلا وفيه شيء من هذا و شيء من ذلك[١].

ويحكى هذا عن اختيار الصيمري والقاضي أبي الطيب، والأظهر الأول.

ووراء ما ذكرناه طريقة حكاها الإمام، واقتصر الغزالي على ذكرها، وهي أن المخالط للبن: إن كان غير ماء فالحكم كما ذكرنا، وإن كان ماء فإن كان مغلوبًا فيه، والماء دون القلتين[٢]، فشرب جميعه - ففي ثبوت [الحرمة][٣] قولان، الذي حكاه القاضي الحسين منهما في «التعليق»: الثبوت.

قال الإمام: وهذان القولان يقربان من أصل ذكرناه في أحكام المياه، وهو أن المقدار الذي لا يسع[٤] وضوءًا من الماء لو كمل بماء ورد، وهو مغلوب بالماء - ففي جواز التوضؤ به خلاف، وإن شرب بعضه فوجهان أو قولان مرتبان، وأولى بعدم التحريم.

وإن [مُزِج بقلتين][٥] فصاعدًا، فإن قلنا: لا تتعلق الحرمة بما دون القلتين، فهاهنا أولى، [وإلا فإن][٦] شرب بعضه لم يحرم، وإن شرب كله فقولان.

تنبيه: الحب: بالحاء المهملة، وهو الحابية[٧]، وهو فارسيٌّ معرَّب، والحابية[٨]: عربية صريحة، جمعه: حباب - بكسر الحاء - وحببة بفتح الحاء والباء.

والمراد بكون الماء مغلوبًا عند الغزالي: خروجه عن كونه مغلوبًا[٩]، وهذا يحكى عن الشيخ أبي علي.

والظاهر الذي أورده الأكثرون: أن الاعتبار بصفات اللبن من الطعم واللون والرائحة، فإن ظهر منها شيء في المخلوط فاللبن غالب، وإلا فهو مغلوب.

ونقل عن ابن سريج - تفريعًا على هذا - أن الأوصاف الثلاثة لو زايلته، فيعتبر قدر اللبن بما له لون قوي يستولي على الخليط، فإن كان القدر منه يظهر ثبتت الحرمة، وإلا فلا، وهذا ما استنبطه الحليمي قبل الوقوف على ما قاله[١٠] ابن سريج، كما حكاه أبو الحسن العبادي، وقال: إنه عرضه على القفال الشاشي وولده القاسم، فارتضياه.

---

(١) في د: ذاك.
(٢) في أ: الفليين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: يسبغ.
(٥) في أ: أمزج بقليين.
(٦) في أ: والإمان.
(٧) في أ: الخائية.
(٨) في أ: الخائية.
(٩) كذا في أ، د.
(١٠) في أ: مقالة.

فرعان:

أحدهما: إذا وقعت قطرة لبن في فم صبي، واختلطت بريقه، ثم وصل ذلك إلى جوفه - فطريقان:

أحدهما: ينظر إلى كونه غالبًا أو مغلوبًا، كما ذكرناه.

والثاني: القطع بثبوت التحريم.

الثاني: إذا اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى، وغلب أحدهما - جزم الماوردي بثبوت الحرمة من كل واحدة منهما على ما ذكرناه من قبل.

وقال الرافعي: إن علقنا الحرمة بالمغلوب ثبتت الحرمة فيهما، وإلا اختصت بالتي غلب لبنها، والله أعلم.

قال: وإن شرب، وتقيأ، أي: بالهمز، قبل أن يحصل في جوفه - لم يحرم؛ لقوله - عليه السلام-: «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ، وَأَنْشَزَ العَظْمَ»(١)، وقد سقط ذلك بردِّه، ولو وصل إلى جوفه، فتقيأه في الحال - حرم.

وحكى القاضي الروياني عن جده رواية وجه آخر.

وفيه وجه: أنه إن تقيأ بعد أن تغير اللبن حرم، وإن لم يتغير فلا.

قال: وإن ارتضع من ثدي امرأة ميتة، لم يحرم؛ لقوله - عليه السلام-: «الحَرَامُ لَا يُحَرِّمُ الحَلَالَ»(٢)، وهذا اللبن محرم؛ لنجاسة عينه، فلم يثبت به تحريم ما كان حلالًا من قبله.

ولأن ما يثبت به التحريم إذا اتصل بحياتها زال عنه التحريم إذا اتصل بموتها؛ كالوطء.

ولأن لبن الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم، ولبن الميتة لا يثبت ذلك؛ فلم يثبت به التحريم.

قال: وإن حلب منها في حياتها، ثم أسقى الصبي بعد موتها - حرم، أي: إذا كان ذلك الرضعة الخامسة - كما نص عليه الشافعي - أو كان كبيرًا فسقى منه

---

(١) تقدم تخريجه

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٤٢٣) كتاب النكاح، باب: لا يحرم الحرام الحلال، برقم (٢٠١٥)، والدارقطني (٣/ ٢٦٨) كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٦٨) كتاب النكاح، باب: الزنا لا يحرم الحلال، من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - مرفوعا.

خمس دفعات، على التفصيل الذي تقدم؛ لعموم الخبر، ولأن موتها بعد حلب اللبن في الإناء كموتها بعد اجتماع اللبن في فمه؛ لأن فمه كالإناء.

وفيه وجه: أنه لا يحرم.

قال الإمام: رأيته في طرق أهل العراق، وقد نسب[(١)] إلى القاضي الحسين، وهو مخرج - على ما حكاه في «التعليق» - مما إذا علق العتق في حال الصحة، فوجدت الصفة المعلَّق عليها في المرض، وفي احتسابه من الثلث قولان.

ولا خلاف في أن الرجل إذا مات، فأرضعت المرأة بلبنه طفلًا - ثبتت الحرمة بين الطفل والميت، ومن ينتسب[(٢)] إليه، [على][(٣)] المذهب.

ولا فرق بين أن يكون الرضاع في العدة أو بعدها، وإن كان بأكثر من حولين.

قال: وإن ثار لها لبن من وطء من غير حمل - أي: وهي في سن من تحمل، كابنة عشر مثلًا - ففيه قولان:

أحدهما : يحرم؛ لأن لبن النساء غذاء للأطفال، وهذا ما رأيته فيما وقفت عليه من كتب الأصحاب، وهكذا الحكم عندهم في لبن من [لا][(٤)] ولد لها من بكر أو ثيب.

قال: والثاني : لا يحرم؛ لأن ولد الرضاع تابع لولد النسب، ولا ولد؛ فانتفت التبعية. وهذا القول حكاه مجلي وجهًا في البكر وفي التي لا ولد لها، ونسبه إلى الخراسانيين، والرافعي اقتصر على حكايته في البكر؛ إلحاقًا للبنها بلبن الرجل[(٥)].

---

(١) في أ: نسبت.
(٢) في أ: ينسب.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) قوله: قال الشيخ: وإن ثار لها لبن من وطء من غير حمل؛ ففيه قولان:
أحدهما: يحرم؛ لأن لبن النساء غذاء للأطفال، وهذا رأيته فيما وقفت عليه من كتب الأصحاب، وهكذا الحكم عندهم فيمن لا ولد لها من بكر أو ثيب.
والثاني: لا يحرم؛ لأن ولد الرضاع تابع لولد النسب ولا ولد لها، وهذا القول حكاه مجلي وجهًا في البكر والثيب التي لا ولد لها، ونسبه إلى الخراسانيين، والرافعي اقتصر على حكايته في البكر إلحاقًا لها بلبن الرجل. انتهى كلامه.
وحاصله: أنه لم يقف على حكاية ذلك في الثيب، وأن ما حكاه مجلي ونسبه إلى الخراسانيين غير معروف وهو غريب، فإن الإمام قد حكاه فيهما معًا في باب رضاع الخنثى، فقال: البكر والثيب التي لم تلد قط إذا در لهما لبن؛ ففي تعلق الحرمة بذلك اللبن وجهان ظاهران:
أحدهما: أن الحرمة تتعلق به نظرًا إلى الجنس.
والثاني: لا؛ لأنه لم يتبع مولودًا. هذه عبارته. [أ و].

أما إذا كانت في سن من لا تحمل، كبنت ثمان مثلًا - فلبنها نجس[١]، ولا يثبت الحرمة به.

قال ابن يونس: ولا خلاف أنه لا يثبت التحريم بالنسبة إلى زوجها[٢].

فرع: حيث حكمنا بأن لبن البكر إذا كانت في سن من تحمل يحرِّم، فلا نحكم ببلوغها، حكاه في «التهذيب»، وهو يشابه ما قاله الأصحاب في زوجة الصبي إذا أتت بولد في زمان احتمال بلوغه؛ فإنا نلحقه به، ولا نحكم ببلوغه.

وفي «الإبانة»: أنا نحكم بأنها حاضت، وبلغت بالحيض.

قال: وإن كان لها لبن من زوج، فتزوجت بآخر، أي: بشرطه، وحبلت منه، وزاد اللبن، أي: في مدة الحمل في زمان ثورانه لأجل الحمل، فأرضعت صبيًّا، أي: خمس رضعات - ففيه قولان:

أحدهما: أنه ابن الأول؛ لأن الأصل بقاء لبنه، والزيادة تحتمل أن تكون بسبب [الحمل؛ فَتُثبِت الأبوة، ويحتمل أن تكون بسبب][٣] إصلاح الغذاء فلا تثبتها، فحكمنا باليقين، وألغينا الشك، وهذا هو الجديد والصحيح.

قال والثاني: أنه ابنهما؛ لأن الظاهر أن الزيادة بسبب الحمل، وإذا كان كذلك كان اللبن لهما؛ فجعل الرضيع ابنًا لهما.

وفي «الإبانة» ما يقتضي على هذا القول ألا يلحق بالأول؛ فإنه قال -والصورة كما ذكرناه-: فاللبن لأيهما؟ فعلى قولين؛ لتعارض الأصل والظاهر.

وفي «النهاية» دعوى نفي ذلك.

أما إذا كانت زيادة اللبن بعد وضع الحمل فهو لبن الثاني ليس إلا.

وإن كان قبل وجود زمان يحدث فيه اللبن للحمل، أو لم يزد اللبن - فهو

---

(١) في د: يحرم.

(٢) قوله: أما إذا كانت في سن من لا تحمل؛ كبنت ثمان - فلبنها نجس، ولا تثبت الحرمة به.
قال ابن يونس: ولا خلاف أنه لا يثبت التحريم بالنسبة إلى زوجها. انتهى كلامه.
وما اقتضاه كلامه من موافقة ابن يونس على عدم الخلاف ليس كذلك؛ فقد حكى الإمام في باب رضاع الخنثى عن جماعة من أصحابنا: أنه على الوجهين في لبن الرجل، فقال: وقد اختلف أصحابنا؛ فذهب بعضهم إلى أنه لا حكم له، وقال آخرون: هذا بمثابة لبن الرجل، فإن هذا لبن من غير إمكان حمل. هذا لفظه. [أ و].

(٣) سقط في د.

لبن الأول ليس إلا.

وقد حكى الرافعي أن منهم من أجرى القولين المذكورين في أصل المسألة وإن لم يزد اللبن، ومقتضى هذا أن يجريا في هذه الصورة الأخرى أيضًا.

ثم الزمان الذي يثور فيه اللبن بسبب الحمل أقله - على ما قاله ابن الصباغ والبندنيجي-: أربعون يومًا، وعلى ما قاله الماوردي: زمان استكمال الروح، وجواز أن يولد فيه حيًّا، ومقتضاه أن يكون بعد أربعة أشهر.

وقال الشيخ أبو حامد: يرجع فيه إلى قول القوابل، وعلى ذلك جرى الإمام.

ولا فرق - فيما ذكرناه - بين أن يكون لبن [الأول قد انقطع ثم عاد قبل نكاح الثاني، أو هو مستمر، ولا بين أن يكون] (٢) له أربع سنين أو فوقها من حين حصول الفراق.

وفيه وجه: أنه إذا انقطع، ثم عاد بعدما مضى أربع سنين من وقت الطلاق - لا يكون منسوبًا إليه، وإن لم تتزوج، كما لو أتت بولد بعد هذه المدة، فإنه لا يلحقه، كذا خصصه في «التهذيب» بما إذا نقطع ثم عاد.

قال الرافعي: ومنهم [من] (٣) يشعر إيراده باطراده في صورة استمرار اللبن.

قلت: ومنهم الإمام في الحكاية عن رواية أبي علي، وزيفه.

وحكم من وطئت بشبهة أو ملك يمين حكم من نكحت فيما ذكرناه.

قال: وإن انقطع اللبن من الأول، أي: مدة طويلة إلى [أكثر من](٤) الذي يحدث فيه اللبن بسبب الحمل، ثم حملت من الثاني، وزاد اللبن، أي: في المدة التي ذكرناها، وأرضعت صبيًّا - ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ابن الأول؛ لأن اللبن تبع للولد وغذاؤه، لا غذاءٌ للحمل؛ فتبع الولد المنفصل دون الحمل، وعوده بعد انقطاعه؛ لأن الوطء لقاح هاج به اللبن، فثار وظهر بعد كمونه، وهذا أصحها.

والثاني: أنه ابن الثاني - أي: دون الأول - لأن الأول قد انقطع، وقرب وقت الولادة سبب لظهور اللبن؛ فأشبه اللبن الثائر بعد الولادة.

قال الرافعي: وقد يبنى هذان القولان على تقابل الأصل والظاهر.

---

(١) في د: ابن.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الزمن.

والثالث: أنه ابنهما؛ لتقابل المعنيين.

أما إذا كان الانقطاع يسيرًا، أو كان طويلًا قبل زمان إمكان حدوث اللبن للحمل - فهو كما لو لم ينقطع، صرح بالأول الرافعي، وبالثاني الإمام.

ويتفرع على هذه الأقوال فروع:

أحدها: لو نزل لبن البكر، ونكحت، وهي ذات لبن، ثم حبلت - فحيث قلنا في المسألة قبلها: إن الولد للثاني أو لهما، فهاهنا يكون للزوج، وحيث قلنا: إنه للأول، فهو للمرأة وحدها، ولا أب للرضيع.

الثاني: لو حبلت من الزنى، وهي ذات لبن من زوج - فحيث قلنا هناك: اللبن للأول أو لهما، فهو للزوج، وحيث قلنا: إنه للثاني، فلا أب للرضيع.

الثالث: لو نكحت ولا لبن لها، فحبلت، ونزل لها لبن - قال في «التتمة»: ففي ثبوت المحرمية بين الرضيع والزوج وجهان؛ بناء على الخلاف المذكور.

قال: وإن وطئ رجلان امرأة، أي: وطءًا يلحق به النسب، فأتت بولد، وأرضعت طفلًا بلبنه - فمن ثبت منهما نسب المولود منه، أي: إما بالفراش، أو بالقيافة، أو بالانتساب - كما ذكرناه بشرطه - صار الرضيع ولدًا له؛ لأن اللبن تابع للولد.

وفي «النهاية» حكاية قول: أن المرضع يكون ابنًا لهما وإن ألحق القائف الولد بأحدهما أو انتسب.

وهذا إذا قلنا: إن أبوة الرضاع تثبت بالوطء بالشبهة، [أما إذا قلنا: إن وطء الشبهة][(١)] لا يثبت أبوة الرضاع، فلا يخفى التفريع عليه.

ولو كان الولد لا يمكن أن يكون من واحد منهما فالمرضع تابع له، منتف عنهما.

قال الماوردي: وذكر بعض أصحابنا: أنا نلحق المرضع بالأول؛ لثبوت لبنه؛ كما لو لم تلد المرضعة. ثم قال: إنه ليس بصحيح؛ لأن لبن الولد قاطع لحكم ما تقدم؛ فإذا انتفت الولادة عن كل واحدة[(٢)] منهما فأولى أن ينتفي الرضاع عنهما.

واعلم أن هذا الكلام قد يوهم أن الوطء إذا ثار به اللبن يثبت أبوة الرضاع،

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: واحد.

وليس كذلك؛ بل هو محمول على ما إذا كان له لبن[١] بسبب حمل متقدم انفصل، وسيأتي في كلام الماوردي ما يوضح ذلك.

قال: فإن مات المولود، ولم يثبت نسبه، أي: لفقد ما يحصل به الانتساب من فراش وقائف وانتساب - ففي الرضيع قولان:

أحدهما - وهو الأصح في «الجيلي»-: أنه ابنهما؛ لأن اللبن قد يحدث بالوطء تارة، وبالحمل أخرى، وقد اجتمعا، ولا مرجح؛ فأثَّر حكمهما، ويخالف النسب؛ فإنه يتصور أن يكون للإنسان أبوان من الرضاع، ولا يتصور من النسب؛ لما قدمناه.

فعلى هذا: هل يحتاج إلى عشر رضعات أم يكفي خمس؟ قال الداركي: يحتمل وجهين.

قال القاضي أبو الطيب: هما ينبنيان على ما إذا ارتضع من امرأتين على التواصل، هل يكون رضعة في حق كل واحدة منهما، وهل هذا الحكم في الظاهر والباطن، أو في الظاهر فقط؟ الذي ذكره في «البسيط»: إثبات ذلك في الظاهر، وهو ما أبداه الإمام عند حكاية القول الأول الذي حكيناه عنه.

قال الرافعي: والذي ذكره الأصحاب توجيهًا وتفريعًا[٢] يخالف ذلك.

وهل تثبت المحرمية[٣] من الجانبين؟ قال الإمام: الوجه عندنا: ألا تثبت [المحرمية][٤]؛ فإن الغالب التحريم، والذي يُغَلِّب الحرمة هو بعينه يقتضي ألا تثبت المحرمية؛ لأنا نتحقق أن المحرمية تقتضي مداخلة واستجلاب خلوة، وهذا محذور إذا التبس الحلال بالمحذور.

وهذا منه يظهر أنه بناء على ما ذكره من أن هذا الحكم إنما يثبت في الظاهر فقط.

قال: والثاني: لا يكون ابن واحد منهما - أي: على التعيين - بل ابن أحدهما على الإبهام، كما صرح به البندنيجي؛ لأن اللبن فرع الولد، فإذا كان الولد من أحدهما كان اللبن من أحدهما، وهذا هو الأصح.

وضُعِّف الأول بأن نزول اللبن إنما يضاف إلى الواطئ بالولادة لا بالوطء؛ لأنه

---

(١) في د: ابن.
(٢) في أ: أو تفريعًا.
(٣) في أ: الحرمة.
(٤) سقط في أ.

لو نزل لها بوطئه لبن، فأرضعت به ولدًا - لم يصر ابنًا للزوج حتى تلد منه فيصير اللبن له، كذا قاله الماوردي.

قال: وهل للرضيع أن ينتسب إلى أحدهما، أي: على القول الثاني؟ فيه قولان منقولان في «الأم»:

أحدهما: ينتسب كالمولود؛ فإن الرضاع يؤثر في الطباع والأخلاق، قال -عليه السلام-: «لَا تَسْتَرْضِعُوا الحَمْقَاءَ؛ فَإِنَّ اللَّبَنَ يُعْدِي» [(١)]، وقال ﷺ: «أَنَا أَفْصَحُ العَرَبِ، بَيْدَ أَنِّي مِنْ قُرَيْشٍ، وَأَخْوَالِي بَنُو [(٢)] زُهْرَةَ، وَارْتَضَعْتُ فِي بَنِي سَعْدٍ» [(٣)] قاله الماوردي.

وقال الرافعي وغيره: إنه - عليه السلام - قال: «أنا سيد ولد آدم، بيد أني من قريش، ونشأت في بني سعد، وارتضعت في بني زهرة» [(٤)]، وهذا القول هو الأصح.

وعلى هذا: هل يخير؟ فيه وجهان، وفي «المهذب» قولان، المذهب منهما في

---

(١) أخرجه البزار واللفظ له كما في كشف الأستار (٢/ ١٦٩) برقم (١٤٤٦)، والطبراني في المعجم الصغير (١/ ١٠٠) برقم (١٣٧) من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - مرفوعا، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٢٦٢): رواه الطبراني في الصغير والبزار إلا أنه قال: لا تسترضعوا الحمقاء؛ فإن اللبن يورث. وإسنادهما ضعيف.

(٢) في أ: هو.

(٣) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٣٩٥)، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٢٨١، ٢٨٢) قال: هذا الحديث ذكره الفقيه نجم الدين بن الرفعة في مطلبه ولم يعزه إلا إلى الفقهاء، فقال: روي أنه عليه السلام قَالَ: «أنا أفصح العرب بيد أني من قريش، وأخوالي بني زهرة وارتضعت في بني سعد» كذا قاله الماوردي، قَالَ في الشامل وتعليق القاضي أنه قَالَ: «أنا أفصحكم ولا فخر بيد أني من قريش ونشأت في بني سعد وارتضعت في بني زهرة».
قَالَ: وعلى ذَلِكَ جرى الرافعي قَالَ والمشهور ما قاله الماوردي وأقول أنا الذي ألفيته في كتب الحديث بعد الفحص البليغ والتتبع الشديد ما رواه الطبراني في أكبر معاجمه من حديث بقية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطية عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قَالَ قَالَ رسول الله ﷺ: «أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب، أنا أعرب العرب ولدتني قريش ونشأت في بني سعد بن بكر فأنَّى يأتيني اللحن؟!». وهذا سند ظاهر الضعف. اهـ.
قلت: أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦/ ٣٥، ٣٦) برقم (٥٤٣٧)، قال الهيثمي في المجمع (٨/ ٢١٨): رواه الطبراني وفيه مبشر بن عبيد وهو متروك.

(٤) انظر ما قبله، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٥١): غريب كله نعم بعضه يروى كما أوضحته في الأصل.اهـ.

«التهذيب»: أنه لا يخير، وعليه: هل يحرم عليه بنات الآخر؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وعلى وجه الجواز: الأولى ألا يفعل.

ولو كان معتوهًا لم يلتحق بواحد منهما؛ لأنه لا حكم[١] لكلامه، قاله الجيلي. وإنه لو انتسب كان له أن يرجع بعد ذلك، ويختار الآخر، فلا يزال بينهما على تناوبٍ[٢]، وهو ضعيف.

قال: والثاني: لا ينتسب، وهو الأصح في «الجيلي»؛ كما لا يعرض على القائف، ويخالف النسب؛ لأنه لا يقع فيه الاشتراك؛ فجاز أن يكون[٣] فيه على الطبع الحادث، والرضاع يقع فيه؛ فعدم فيه الطبع الحادث.

ولأن امتزاج النسب موجود مع أصل الخلقة، والرضاع حادث بعد استكمال الخلق واستقراره.

والقائل الأول فرق بين الانتساب والعرض على القائف بأن القائف تعويله على الأشباه الظاهرة في الخلقة، دون الأخلاق.

على أن القاضي ابن كج نقل وجهين عن أبي الحسين وأبي حامد في عرضه على القائف.

قال الرافعي: وهو غريب.

وروى الخراسانيون في المسألة قولًا ثالثًا: أنه موقوف.

قال الجيلي: وأثره عموم التحريم؛ لأن التحريم غالب.

قال: وإن أراد أن يتزوج بنت[٤] **أحدهما** - أي: على قولنا: لا ينتسب، أو على قولنا: لا يخير، كما قيده في «المهذب» و«الحلية»، أو قبل الانتساب، كما قاله الفوراني - فقد قيل: لا يحل؛ لأن إحداهما[٥] أخته بيقين، فلا يحل له الإقدام على نكاح واحدة منهما، كما لو اختلطت أخته بأجنبية، وهذا هو الأصح عند الشيخ أبي حامد وغيره.

قال: وقيل: يحل أن يتزوج بنت[٦] من شاء منهما، أي: من غير اجتهاد؛ لأن الأصل الحل، والحرمة في التي ينكحها غير معلومة.

---

(١) في أ: حكمه.
(٢) في أ: تفاوت.
(٣) في أ: نقول.
(٤) في أ: ببنت.
(٥) في أ: إحديهما.
(٦) في أ: ببنت.

والفرق بينه وبين الأخت: أن الأصل فيها التحريم؛ فغلب، كما لو اشتبه عليه ماء وبول؛ فإنه يعرض عنهما، وهاهنا الأصل في كل واحدة منهما الإباحة؛ فيجوز؛ كما إذا اختلط ماء طاهر بنجس، وهذا هو ظاهر النص.

وذكر الفوراني في «الإبانة»: أنه يجتهد في الرجلين أيهما[1] الأب، ثم ينكح بنت من لا يراه أبًا. وبنى الوجهين في أصل المسألة على أن من معه إناء طاهر بيقين هل له أن يجتهد في الإناءين؟ وفيه وجهان، والجمهور لم يشترطوا الاجتهاد، كما ذكرناه، والله أعلم.

قال: فإذا تزوج بنت أحدهما حرمت عليه بنت الآخر؛ لأنه إذا نكح إحداهما[2] تعينت الأخوة في الأخرى؛ فكان نكاح الواحدة اعترافًا بأخوة الأخرى. وشبه ذلك بما إذا اشتبهت ثلاث أوان: طاهران ونجس، واختلف فيها اجتهاد ثلاثة واستعملوها، واقتدى أحدهم بأحد صاحبيه - لا يجوز له الاقتداء بالثاني؛ لتعينه للنجاسة في زعمه.

فعلى هذا: يَحْرُمْنَ على التأبيد، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة، واختاره القاضي أبو الطيب.

قال: وقيل: يحل أن يتزوج بنت كل واحد منهما على الانفراد؛ لأن التحريم غير متعين في واحدة منهما. وشبه ذلك بما إذا صلى إلى جهة بالاجتهاد يجوز أن يصلي إلى جهة أخرى باجتهاد آخر، وهذا قول أبي إسحاق. فعلى هذا: يجوز له أن يتزوج بنت أحدهما ويطلقها، ثم يتزوج [الأخرى ويطلقها، ثم يتزوج][3] الأولى.

قال: ولا يجمع بينهما؛ إذ به يحصل يقين التحريم.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يجوز، ويحكم بارتفاع الأبوة عنهما، وقال: إنه الظاهر من كلام الشافعي، وهو الذي يقتضيه [إطلاق][4] الشيخ، رحمه الله.

قال: وإن كان لرجل خمس أمهات أولاد، فارتضع صبي من كل واحدة منهن رضعة - صار ابنًا له في ظاهر المذهب؛ لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات، فأثبت ذلك البنوة كما لو كانت من امرأة واحدة، وبهذا قال أبو إسحاق

---

(١) في أ: أنهما.
(٢) في أ: أحديهما.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

وابن القاص، وهو الأصح.

وقيل: لا يصير؛ لأن الأبوة تابعة للأمومة؛ لأن انفصال الولد عنها مشاهد محسوس؛ فإذا لم تثبت الأمومة التي هي الأصل لا تثبت الأبوة، وهذا ما ذهب إليه الأنماطي وابن سريج وابن الحداد.

وهذا الخلاف يجري فيما لو كان له أربع زوجات ومستولدة، أو ثلاث مستولدات: أرضعته اثنتان رضعتين رضعتين، والأخرى رضعة.

ولا خلاف أن الأمومة لا تثبت بهذا. نعم، يحرم عليه المرضعات؛ لأنهن موطوءات أبيه، إن قلنا: إن الأبوة تثبت.

وهذا الخلاف فيما إذا وقع الرضاع منهن في أوقات متفرقة، أما لو أرضعنه على التوالي والتواصل، وقلنا بثبوت الحرمة عند التفريق - فهاهنا وجهان، ووجه المنع: أنا نزلنا لبنهن في حقه منزلة لبن المرأة الواحدة، والمرأة الواحدة إنما يُثبت رضاعها الحرمة إذا تفرق، فعلى هذا: لو أرضعته كل واحدة منهن أربع رضعات، فهل تصير أمًّا له؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأنه ارتضع منها خمس رضعات متفرقات.

والثاني: المنع؛ لأن تلك الرضعة لم تكن تامة.

والظاهر في الأصل الأول.

ووراء ما ذكره الشيخ صور نذكر منها ما تيسر:

إذا كان لشخص خمس بنات أو أخوات، فأرضعن صغيرًا - لم تثبت الأمومة ولا الأبوة، وهل تثبت الجُدودة والخُئولة؟ فيه خلاف مرتب على الصورة الأولى، وأولى بعدم الثبوت، والأصح العدم، والفرق: أن الجدودة والخئولة إنما تثبت بواسطة الأم، فإذا انتفت الواسطة لم يوجد ما يترتب عليها، وهناك اللبن مشترك بين الرجل والمرضعات، ولا استحالة في ثبوت الأبوة دون الأمومة، [ولا العكس][1].

فإن قلنا بثبوت ذلك حرمت المرضعات لا لكونهن أمهات، بل لكونهن أخوات أو خالات.

ولو كان له أم، وبنت، وأخت، وبنت أخ، وبنت أخت، فأرضعن طفلًا - ففي

---

(١) في د: وبالعكس.

ثبوت الحرمة بينه وبين الرضيع خلاف مرتب على الصورة قبلها، وأولى بالمنع، والأصح: العدم، والفرق: أن الرضاع من جهات مختلفة لا يمكن أن ينسب[1] إليها بواحدة منها[2]، بخلاف الجدة، كذا قاله ابن الصباغ وغيره.

وإذا قلنا بالثبوت حرمت المرضعات بالأمومة[3].

فرع: لو كان للمراة بنت ابن، وبنت ابن ابن، وبنت ابن ابن ابن، فأرضعن صغيرًا خمس رضعات - كان في ثبوت الحرمة بينها وبين الرضيع الخلاف السابق.

فإن قلنا بثبوتها، قال في «الرقم»: فهل تحرم المرضعات على الرضيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العدد لم يتم في إرضاع واحدة منهن.

والثاني: أن المرضعات من الجهات المختلفة إذا كانت كل واحدة منهن بحيث لو تم العدد فيها ثبتت الحرمة، فعلى هذا: ينظر:

إن كانت الوسطى بنت أخ العليا [، والسفلى بنت أخ الوسطى حرمت العليا][4] عليه؛ لأن إرضاعها لو تم لكان الرضيع ابنها، وإرضاع الوسطى لو تم؛ لكان الرضيع ابن بنت أخ العليا، وإرضاع السفلى لو تم لكان ابن بنت ابن أخ، وهذه الجهات كلها محرمة؛ فيجمع ما فيها من عدد الرضعات.

وإن كانت الوسطى بنت ابن عم العليا، والسفلى بنت ابن [ابن][5] عمها - لم تحرم عليه العليا؛ لأن إرضاع الوسطى لو تم لم تحرم، وكذلك إرضاع السفلى، [و][6] لا تحرم الوسطى والسفلى بحال؛ لأن إرضاع العليا يجعل الوسطى بنت عم، والسفلى ابنة عمة الأب.

نعم، يحرم عليه أن يجمع بينهن في المثال الأول؛ لأن العليا عمة الوسطى، والوسطى عمة السفلى، ولا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها.

قال: وإن كان له امرأتان صغيرتان، فأرضعت امرأة - أي: ليست بزوج له -

---

(١) في أ: ينتسب.
(٢) في أ: منهما.
(٣) في أ: لا بالأمومة.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.

إحداهما[١] بعد الأخرى، أي: الرضعة الخامسة - ففيه قولان:

أحدهما: ينفسخ نكاحهما؛ لأنهما صارتا أختين معًا؛ فأشبه ما إذا أرضعتهما الخامسة دفعة واحدة.

وأيضًا: فلو أرضعت زوجتُهُ الكبيرة زوجتهُ الصغيرة انفسخ نكاحهما؛ لصيرورتهما أمًّا وبنتًا معًا؛ فكذلك هاهنا، وهذا ما نسبه الماوردي إلى القديم، وهو الصحيح عند أكثر الأصحاب، واختاره المزني.

والثاني: أنه ينفسخ نكاح الثانية؛ لأن الجمع حصل بإرضاعها، فاختص الفساد بها؛ كما لو نكح أختًا على أخت يختص الفساد بنكاح الثانية، وهذا ما نسبه الماوردي إلى الجديد، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد ترجيحه.

ولا خلاف - على القولين - أن المرضعة حرمت عليه على التأبيد؛ لأنها صارت من أمهات زوجاته.

أما إذا كانت المرضعة زوجة، فإن كان اللبن له أو من غيره، وهي مدخول بها - انفسخ نكاح الجميع، وحرمن على التأبيد، سواء كان الرضاع معًا أو متعاقبًا. وإن لم يكن اللبن منه، وهي غير مدخول بها: فإن أرضعتهما معًا انفسخ نكاح الجميع، وحرمت الكبيرة على التأبيد دونهما، وإن أرضعتهما على التعاقب فينفسخ نكاح المرضعة، والأولى؛ لاجتماعها مع الأم في النكاح، ولا ينفسخ نكاح الثانية؛ لانفرادها ووقوع إرضاعها بعد اندفاع نكاح أمها وأختها.

ولو كانت المسألة بحالها، والصغار ثلاث، فلا يختلف الحال - فيما ذكرناه - إلا في ثلاث صور تفرض فيما إذا وقع الرضاع على التعاقب:

فإحداها[٢]: أن ترضع اثنتين معًا، وأخرى بعدهما، فينفسخ نكاحهما مع الكبيرة، ويبقى نكاح الثالثة.

والثانية: أن ترضع واحدة أولًا، ثم اثنتين معًا - انفسخ نكاح الجميع، أما الأولى؛ فلاجتماعها مع الأم، وأما الأخريان؛ فلاجتماع الأخوة.

والثالثة: أن ترضع واحدة بعد واحدة، فبرضاع الأولى انفسخ نكاحها مع الكبيرة، ولا ينفسخ نكاح الثانية برضاعها، ثم إذا أرضعت الثالثة انفسخ نكاحها؛

(١) في أ: أحديهما.
(٢) في أ: فإحديهما.

لاجتماعها مع الأخت، وهل ينفسخ نكاح الثانية؟ فيه القولان المذكوران في الكتاب.

وفي الصور الثلاث: الكبيرة حرام على التأبيد.

فرعان:

أحدهما: لو كان الصغار أربعًا، فأرضعتهن أجنبية، فإن كان ذلك دفعة واحدة انفسخ نكاحهن، وإن كان على الترتيب.

فإن فرعنا على القول الأول في الكتاب، لم ينفسخ برضاع الأولى شيء، وينفسخ برضاع الثانية نكاحها مع الأولى، ولا ينفسخ برضاع الثالثة شيء، وينفسخ برضاع الرابعة نكاحها مع الثالثة.

وإن قلنا بالقول الثاني فالمرضعة الأولى[1] نكاحها مستمر، وبرضاع الثانية ينفسخ نكاحها خاصة، وكذلك برضاع الثالثة ينفسخ نكاحها، وكذلك برضاع الرابعة ينفسخ نكاحها.

الثاني: لو كان له ثلاث زوجات كبار، وصغيرة أرضعتها كل واحدة من الكبار خمس رضعات - فينفسخ نكاحهن جميعًا:

أما التي أرضعت أولًا فينفسخ نكاحها مع الصغيرة؛ لاجتماع الأم والبنت في النكاح، وأيضًا: فقد صارت أم الزوجة.

وأما الأخيرتان فينفسخ نكاحهما؛ للمعنى الثاني.

وتحرم الكبار لذلك على التأبيد، وتحرم الصغيرة - أيضًا - إن كانت الكبار مدخولًا بهن، وإلا فلا.

قال: ومن أفسد على الزوج[2] **نكاح امرأة**[3] **بالرضاع**، أي: قبل الدخول بغير إذنه، وكان ممن يثبت للزوج عليه دين ابتداء، سواء أثر ذلك تحريمًا مؤبدًا أو لا - لزمه نصف مهر مثلها على المنصوص.

أما نفس الغرم؛ فلأن البُضْع مضمون بالعقد في الخلع؛ فلذلك يضمن[4] بالإتلاف كالأموال.

وأما كونه نصف مهر المثل؛ فلأن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول جُعِلَ كأن

(١) في أ: أولا.
(٢) في د: الرجل.
(٣) في د: امرأته.
(٤) في أ: يضمر.

الزوج لا يملك إلا نصف المعقود عليه؛ ولهذا [إنه][(١)] لا يلزمه إلا نصف المسمى، وإذا لم يملك إلا النصف لم يغرم له إلا قيمته وهو نصف مهر المثل، وهذا هو الصحيح.

قال: وفيه قول آخر: أنه يلزمه مهر مثلها؛ لأنه أتلف عليه بضعها، ومن أتلف على إنسان شيئًا وجب عليه قيمته، وقيمة البضع مهر المثل. وهذا مخرج من نص الشافعي فيما إذا رجع شهود الطلاق قبل الدخول: أنه يجب عليهم جميع مهر المثل، وبه قال أبو سعيد الإصطخري، وخرج في مسألة الطلاق من هاهنا -أيضًا- وجهًا، وبعضهم يرويه منصوصًا.

وهذا القول الثاني في الكتاب صححه أبو علي والإمام وجماعة، وقطع أبو إسحاق بتقرير [النصين][(٢)]، وفرق بأن الرضاع يوجب الفرقة حقيقة، وحقيقة المفارقة قبل الدخول لا توجب إلا النصف كالمفارقة بالطلاق.

وفي الشهادة النكاح باق في الحقيقة[(٣)] بزعم الزوج والشاهدين، إلا أنهما بالشهادة حالا[(٤)] بينه وبين البضع؛ فيغرمان قيمته؛ كالغاصب يحول بين المالك والمغصوب.

وحكى الشيخ أبو علي وآخرون على طريقة إثبات الخلاف قولين:

أحدهما: أنه يرجع بنصف المسمى[(٥)]؛ لأنه الذي فوت على الزوج، وينسب إلى رواية القفال.

فعلى هذا: لو كانت التي انفسخ نكاحها أمة مفوضة فالواجب المتعة؛ لأنها الواجبة على الزوج، كما صرح به ابن الحداد، لكن من غير بناء على هذا الأصل.

والثاني: أنه يرجع بتمام المسمى؛ لأنه قد التزمه، والتشطير أمر ثبت[(٦)] على خلاف القياس، فيختص بالزوجين؛ فتحصلنا على أربع مقالات.

أما إذا كان ذلك بعد الدخول، كما لو أرضعت أمُّ الكبيرة المدخول بها أو جدتها زوجته الصغيرة، فإنه ينفسخ نكاحهما، وما تغرمه للزوج بسبب انفساخ نكاح الصغيرة قد تقدم.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: و.
(٤) في أ: خلا.
(٥) في أ: المثيمي.
(٦) في أ: يثبت.

وهل تغرم بسبب انفساخ نكاح الكبيرة له شيئًا؟ فيه قولان.

الذي ذهب إليه أكثر الأصحاب منهما: أنها تغرم له تمام مهر المثل؛ كشهود[١] الطلاق.

والثاني - وينسب إلى رواية المزني - في «المنثور»، وبه قال ابن الحداد-: أنها لا تغرم شيئًا لأجل ذلك؛ لأنه استوفى منفعة[٢] البضع، فلم يجب له شيء؛ كما لو ارتدت.

ولأنه لو أخذ المهر لصارت في معنى الموهوبة.

ولو كانت الزوجة الكبيرة هي المرضعة فلا يرجع الزوج عليها بسبب انفساخ نكاحها بشيء.

وفي «الإبانة»: أنه يسقط مهرها المسمى، ويجب لها مهر المثل.

ثم اعلم أنه لا فرق - فيما ذكرناه-:

بين أن تقصد بالإرضاع فسخ النكاح أو لا.

[ولا][٣] بين أن يجب عليها - بألا يكون [ثَمَّ غيرها][٤] - أو لا يجب.

وعن الشيخ أبي حامد احتمال في أنه لا غرم[٥] عليها إذا أرضعته وجوبًا، وقد حكاه العمراني في «الزوائد» في النكاح، عند الكلام في مسائل شتى وجهًا عن بعض الأصحاب، والماوردي هاهنا، ثم قال: وهذا لا وجه له في سقوط الغرم، وإنما هو وجه في سقوط المأثم، كمن خاف تلف نفسه؛ فأحياها بمال غيره - ضمن، ولا يأثم.

ولا بين ألا يكون من المرتضع فعل أو وجد منه الفعل مع تمكينها، قال في «البسيط»: لأن الإرضاع منها بحكم الطبع فلا وقع له، ولم ينزل هذا منزلة انفلات الطائر عند فتح باب القفص، والفرق غامض.

وقال في «الحاوي»: فيه وجهان محتملان:

أحدهما: يغلب فيه فعل الكبيرة.

والوجه الثاني: أنه يُحَال التحريم عليها[٦]، فيسقط من نصف المهر ما يقابل

---

(١) في أ: فشهود.

(٢) في أ: بنفقته.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ثم تحيزها.

(٥) في أ: يحرم.

(٦) في أ: عليهما.

فعلها وهو نصف النصف، ويبقى نصفه وهو الربع.

ولا بين أن تكون مخوفة على ذلك أو غير مخوفة، وفيه وجه: أن الغرم يجب على المخوف.

ولا بين أن يكون ذلك من امرأة أو رجل، وصورته: أن تحلب المرأة التي(١) يفسد رضاعها النكاح خمس دفعات في خمس أوان، فيوجره(٢) الرجل ذلك في خمس دفعات.

ولا فرق بين أن يكون ذلك من شخص واحد - كما صورناه - أو من أشخاص.

نعم، لو سقى كل شخص الرضيع دفعة من إناء، وجب عليه خُمس الغرم.

ولو تفاوتوا في السقي فهل يجب الغرم عليهم بالسوية، أو بالتوزيع على السقيات(٣)؟ فيه وجهان، أصحهما: الثاني.

ولو أرضع الصغيرةَ أُمًّا ولديه(٤)، وثلاث زوجات له، وقلنا: بأن ذلك يحرمها عليه انفسخ نكاحها دون نكاح الزوجات.

قال الشيخ أبو علي: وأما غرامة مهر الصغيرة:

فإن أرضعن على الترتيب فالانفساخ يتعلق بإرضاع الأخيرة.

فإن كانت الأخيرة إحدى المستولَدتين فلا شيء عليها؛ لأن الإنسان لا يثبت له على مملوكه شيء، وإن كانت إحدى النسوة فعليها الغرم.

وإن أرضعن معًا، بأن جعلت كل واحدة لبنها في مُسْعُطٍ، وأوجرنه معًا، فلا شيء على المستولدتين، وعلى النسوة ثلاثة أخماس الغرم.

ولو أرضع الصغيرة أمُّ الزوج، وبنته، وأخته، وبنت أخيه، وبنت أخته، وقلنا بتحريم الصغيرة، فإن أرضعنها على التعاقب فالغرم على الأخيرة.

وقد حكى الماوردي وجهًا في نظير المسألة، وهو إذا كان له زوجتان صغيرتان، فأرضعت أجنبية إحداهما، ثم أرضعت [أم](٦) الأجنبية الأخرى - بطل نكاح الثانية، وفيمن يرجع عليه بالغرم وجهان:

---

(١) في أ، د: الذي.
(٢) في د: فتوجره.
(٣) في أ: السعبات.
(٤) في أ: أما ولدنه، وفي أ: والديه.
(٥) في أ، د: أرضعته.
(٦) سقط في د.

أحدهما : على المرضعة الثانية؛ لأن برضاعها انفسخ النكاح.

والثاني: يرجع على المرضعتين؛ فيتجه جريانه هاهنا.

وإن وقع ذلك معًا فعليهن بالسوية.

فروع:

لو دبَّت[١] الصغيرة بنفسها، فارتضعت[٢] من زوجته الكبيرة وهي نائمة - انفسخ نكاحها، وسقط جميع مهر الصغيرة على الأصح، ولا يجب على الكبيرة بسبب فساد نكاح الصغيرة شيء، على الأصح.

وقال الداركي: إنه يجب عليها الغرم؛ لتقصيرها.

وإذا قلنا بالأصح وجب في مال الصغيرة - بسبب فساد نكاح الكبيرة - الغرمُ.

ولو وقعت قطرة من لبن المرضعة أربع مرات في فم الرضيع بطيران الهواء، لم يجب عليها الغرم.

قال الرافعي: ويجيء في وجوب الغرم عليها الوجه المنقول عن الداركي.

ولو ارتضعت الصغيرة من أم الزوج مثلًا رضعتين وهي نائمة، ثم أرضعتها الأم ثلاثًا - فعلى الوجهين السابقين في أن الغرم يوزع على عدد المرضعات، أو على عدد الرضعات:

إن قلنا بالأول فيسقط من نصف المسمى نصفه، ويجب على الزوج نصفه.

وإن قلنا بالثاني فيسقط من نصف المسمى خمساه، ويجب على الزوج ثلاثة أخماسه.

ولو أرضعتها الأم أربع رضعات، ثم ارتضعت الصغيرة منها الخامسة وهي نائمة - فقد قال في «التتمة»: في نظيره لأصحابنا اختلاف، وهو أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثًا على التلاحق، يتعلق التحريم بالطلقة الثالثة وحدها [أو بالطلقات الثلاث؟

إن قلنا: يتعلق بالثالثة وحدها][٣] فكذلك هاهنا: يحال التحريم على الرضعة الأخيرة، ويكون الحكم كما إذا ارتضعت وصاحبة اللبن نائمة، ويسقط مهر الصغيرة.

---

(١) في د: دنت.

(٢) في أ: فأرضعت.

(٣) سقط في أ.

وإن علقنا التحريم بالطلقات الثلاث فهاهنا يتعلق التحريم بالرضعات، فيسقط من نصف المسمى خمسه، ويجب على الزوج أربعة أخماسه، ويجب على المرأة أربعة أخماس مهر المثل؛ تفريعًا على أن الواجب مهر المثل، وادعى أنه أظهر.

وقد أبدى الماوردي ما قاله المتولي وجهين محتملين، لكن غير مبنيين على ما ذكره المتولي.

تنبيه: الغرم الواجب يكون للزوج إن كان حرًّا، وإن كان عبدًا فلسيده.

وقوله: بالرضاع، يحترز به عما إذا أفسده عليه بوطئه كالأب والابن إذا وطئ زوجته بشبهة؛ فإنه لا يجب عليه الغرم على رأيٍ قدمته، مع ما قيل فيه في باب: ما يحرم من النكاح.

وقال الجيلي: إنه احترز به عما إذا أفسده بالقتل، وقد حكينا فيه خلافًا عن بعض المصنفين هذا آخر كلامه، والله عز وجل أعلم.



كتاب النفقات

النفقة: من «الإنفاق»، وهو الإخراج.

ولوجوبها ثلاثة أسباب: ملك النكاح، وملك اليمين، وقرابة التعصيب.

والأول والثاني يوجبان النفقة للمملوك على المالك، دون العكس؛ لاشتغال المملوك، وكونه محبوسًا برقه؛ ليتفرغ لمالكه. والثالث يوجب النفقة لكل واحد من الفريقين على الآخر؛ لشمول معنى التعصيب والشفقة.

باب نفقة الزوجات

بدأ الشيخ - رحمه الله - بنفقة الزوجات؛ تبعًا للشافعي -رضي الله عنه- لأنها تجب بطريق المعاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، ولا تسقط بمضي الزمان؛ فهي أقوى من غيرها؛ فلهذا بدأ بها.

قال: يجب على الزوج نفقة؛ زوجته للكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤].

والدليل فيها من وجهين:

الأول: قوله: ﴿قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾، والقيم على غيره هو المتكفل بأمره.

والثاني: قوله: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾.

وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فنص على وجوبها بالولادة في الحال التي تتشاغل بولدها عن استمتاع الزوج؛ ليكون أدل على وجوبها عليه في حال استمتاعه بها.

وقوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فدل على وجوب النفقة؛ لأنها من جملة الفروض.

ومن السنة: ما روى الشافعي -رضي الله عنه- بإسناده عن أبي هريرة: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، معي دينار؟ قال: «أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ». قال: معي آخر؟ قال: «أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ». قال: معي آخر؟ قال: «أَنْفِقْهُ عَلَى أَهْلِكَ». قال: معي آخر؟ قال: «أَنْفِقْهُ عَلَى خَادِمِكَ». قال: معي آخر؟ قال: «أَنْتَ أَعْلَمُ»[(١)].

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٥/ ٨٧)، وأحمد (٢/ ٢٥١، ٤٧١)، أبو داود (٢/ ٣٢٠، ٣٢١) كتاب الزكاة، باب: في صلة الرحم (١٦٩١)، والنسائي (٥/ ٦٢) في الزكاة، باب: تفسير ذلك، وابن حبان (٨/ ١٢٦) برقم (٣٣٣٧)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٤٩٣) برقم (٦٦١٦)، والحاكم (١/ ٥٧٥) كتاب الزكاة، والبغوي في شرح السنة (٣/ ٤٣٥) في الزكاة، باب فضل الصدقة على الأولاد والأقارب برقم (١٦٧٩).

والحديث صححه ابن حبان، والحاكم ووافقه الذهبي.

وروى البخاري عن أبي هريرة أنه -عليه السلام- قال: «وَابْدأْ بِمَنْ تَعُولُ؛ تَقُولُ الـمَرْأَةُ: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي، ويَقُولُ الـمَمْلُوكُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلنِي، وَيَقُولُ الابْنُ: أَطْعِمْنِي، إِلَيَ مَنْ تَدَعُنِي؟!» قال: يَا أَبَا هُرَيرَةَ، هَذَا مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ سَمِعْتُ؟ قَالَ: مَا هَذَا مِنْ كِيسِ أَبِي هُرَيرَةَ[1] .

وأجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجات على الجملة.

قال: فإن كان موسرًا لزمه مدَّان من الحب المقتات في البلد، أي: غالبًا، وإن كان معسرًا لزمه مد، وإن كان متوسطًا لزمه مد ونصف.

أما اعتبار التفاوت بين الموسر وغيره فالدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ﴾ أي: ضيق ﴿فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

وأما اعتبار الـمُدّين في حق الموسر، والـمُدّ في حق المعسر - فقد تمسك الأصحاب فيه بأن الشرع قدر النفقة بالاجتهاد، ولا يجوز اعتبارها بقدر الحاجة؛ لأنه لو كان كذلك لسقطت نفقة المريضة ومن هي مستغنية بالشبع في بعض الأيام، وإذا بطل هذا المأخذ، وجب أن تلحق بما هو شبيه بها، وأشبه شيء بها الكفارات؛ لأن كل واحدة منهما طعام واجب بالشرع؛ لسد الجوعة؛ فيستقر في الذمة.

وأيضًا: فقد اعتبر الله - تعالى - جنس الإطعام في الكفارة بنفقة الأهل بقوله - تعالى-: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]؛ وذلك يدل على المشابهة والمقاربة، وأكثر ما أوجبه الشرع في الكفارة مدان للمسكين الواحد في كفارة الأذى، وأقل ما أوجبه للواحد فيها مد في كفارة اليمين والظهار والوقاع؛ فوجب أن يكون هاهنا كذلك.

وأما اعتبار المد والنصف في حق المتوسط؛ فلأنا لو أوجبنا عليه المدين، لأضررنا به، ولو أوجبنا لها المد لأضررنا بها، وهو متردد بينهما؛ فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها؛ دفعًا للضرر.

وأما اعتبار الحب المقتات في البلد؛ فلأن الله -تعالى- أوجب النفقة

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٦٢٥) كتاب النفقات، باب: وجوب النفقة على الأهل والعيا ل، برقم (٥٣٥٥)، وفيه: فقالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة.

بالمعروف، ومن المعروف أن يطعمها ما يطعم أهل البلد.

وأما اعتبار الحب، دون الدقيق والخبز؛ فبالقياس على الكفارات.

ولا فرق في ذلك بين القمح والأرز والشعير والتمر والأقط في حق أهل البوادي الذين يقتاتونه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن بعض أصحابنا قال: إن كان الأغلب في بعض البلاد أنهم لا يطحنون[1] الأطعمة بأيديهم، لم يفرض لها إلا الدقيق، وإن كانت العادة أن المرأة تطحنه برحَى يَدٍ فلا بأس أن يفرض لها الحنطة.

وعلى المذهب: هل يجب عليه أجرة طحن الحب وخبزه؟ ينظر:

إن لم تكن ممن جرت عادتها بتعاطي ذلك بنفسها وجبت، وإن كانت ممن جرت عادتها بذلك - كأهل البوادي- كان عليها دون الزوج، صرح به الماوردي.

وفيه وجه: أنها تجب مطلقًا.

ووجه: أنها لا تجب مطلقًا.

ولو نذرت الطعام أو باعته، فهل يسقط حقها من مؤنة إصلاحه؟ فيه تردد للإمام.

هذا هو المشهور من المذهب، ووراء ما ذكرناه في قدر الطعام قولان آخران:

أحدهما - عن رواية الشيخ أبي حامد[2] -: أنه يعتبر بقدر الكفاية كنفقة القريب، وقد يحتج له بقوله -عليه السلام- لهند، وقد قالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح، ما يعطيني[3] من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه؟ فقال: «خُذِيْ مِنْ مَالِهِ بِالمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ ويَكْفِي بَنِيكِ»[4] كما رواه مسلم، فسوى بينها وبين الولد، وفي هذا الحديث فوائد نذكرها من بعد، إن شاء الله تعالى.

وبأن النفقة تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، والتمكين يعتبر بكفاية الزوج؛ فوجب أن يكون ما يقابله من النفقة مقدرًا بكفاية المرأة كالمقاتلة، لما لزمهم[5] كفاية المسلمين في جهاد عدوهم استحقوا على المسلمين في بيت مالهم قدر كفايتهم.

---

(١) في د: لا يطعمون.
(٢) في أ: أبي محمد.
(٣) في د: يعطي.
(٤) تقدم.
(٥) في د: يلزمهم.

والثاني - عن رواية صاحب «التقريب»-: أن الاعتماد فيه على فرض[(١)] القاضي، وعليه أن يجتهد في ذلك[(٢)].

وروي عن ابن خيران وغيره: أن النفقة لا تتقدر بالمقادير المذكورة، ولكن يتبع فيه عرف الناس في البلد.

وفي صفة الطعام - تخريجًا عن ابن سريج - وجه: أنه لا ينظر إلى الغالب، وإنما يعتبر ما يليق بحال الزوج إلحاقًا للجنس بالقدر، وهذا ما أبداه الإمام ترددًا فيما إذا كان الغالب قوتًا، ولكن الفقراء يعتادون اقتيات غيره.

وعلى المذهب: لو لم يكن في البلد قوت غالب، ففي «الرافعي»: أن الواجب ما يليق بحال الزوج إن كان يأكل ما يليق به؛ فإن كان قوته أقل من الحال اللائق به كالمتزهدين فإنا نعتبر اللائق به، قاله مجلي.

وفي «الحاوي»: أنه إذا اختلف قوت بلدهما، وجب لها الغالب من قوت مثلها، فإن كان مختلفًا كان الزوج مخيرًا دونها.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون للمرأة منصب أو لا[(٣)]، ولا بين المسلمة

---

(١) في د: فروض.

(٢) قوله: وفي مقدار الواجب أقوال، المشهور منها أنها مقدرة بمدين على الموسر، ومد ونصف على المتوسط، ومد على المعسر، والثاني عن رواية الشيخ أبي محمد أنه يعتبر بقدر الكفاية كنفقة القريب، والثالث عن رواية صاحب التقريب: أن الاعتماد فيه على فرض القاضي، وعليه أن يجتهد في ذلك. انتهى كلامه.
وما نقله عن صاحب التقريب من عدم التقدير مطلقًا غلط، فإن أصل من تعرض لحكاية ذلك عن التقريب هو الإمام، فقال ما نصه: حكى صاحب التقريب والشيخ أبو علي في نفقة المتوسط، والزيادة على المد في نفقة الخادمة في حق الموسر أنه لا تقدير في الزيادة، وإنما النظر به إلى اجتهاد القاضي. هذه عبارته.
وحاصلها أنه إنما يرجع إلى اجتهاد القاضي في نفقة المتوسط خاصة، وظاهرها أيضًا أنه لا في المُد، بل في الزيادة عليه، ثم إن الغزالي في الوسيط نقل كلام الإمام بعبارة موهمة؛ فقال: ونقل صاحب التقريب قولًا: أن الزيادة على المد لا مرد لها، وهو إلى فرض القاضي.
هذا لفظه. وهو موافق لنقل الإمام في أنه لا مدخل لاجتهاد القاضي في نفقة المعسر، ولا في المد بالنسبة إلى الموسر والمتوسط، لكنه مخالف له في أنه يرجع إليه فيما زاد على المد في حقهما معًا، ثم إن الرافعي نقل كلام الوسيط على أزيد بيان مما فيه من الخلل، فقلده فيه المصنف فأخطأ. [أ و].

(٣) في أ: أم لا.

والذمية، والحرة والرقيقة، [والصحيحة والمريضة والصغيرة والكبيرة][١]؛ بل إنما يختلف باليسار وغيره - كما ذكرناه - وقد اختلفت عبارات الأصحاب في ضبط ذلك: فالذي ذكره الماوردي: أن الموسر من يقدر على نفقة الموسرين في حق نفسه وحق كل من يلزمه نفقته من كسبه، لا من أصل ماله.

والمعسر من لا يقدر على أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من تلزمه [نفقته، إلا][٢] نفقة المعسرين، وإن زاد عليها كانت من أصل ماله، لا من كسبه.

والمتوسط هو: أن يقدر على أن ينفق من كسبه على نفسه، وعلى من تلزمه [نفقته][٣] نفقة المتوسطين، فإن زاد عليها كان من أصل ماله، وإن نقص عنها فضل عن كسبه.

والذي ذكره القاضي الحسين: أن الموسر من يزيد دخله على خرجه، والمعسر من يزيد خرجه على دخله، والمتوسط من يستوي دخله مع خرجه.

وقد أورده صاحب «التهذيب» مع وجه آخر: أنه يرجع في ذلك إلى العادة، والعادة تختلف باختلاف البلاد، وهذا ما حكاه المتولي.

قال الرافعي: وأحسن قيل فيه ما أورده الإمام والغزالي: أن من لا يملك شيئًا أصلاً، أو يملك من المال ما [لا][٤] يخرجه عن استحقاق سهم المساكين فهو معسر، فإن ملك ما يخرجه عن استحقاق سهم المساكين: فإن كان لا يتأثر بتكليف المدين فهو موسر، وإن كان يتأثر بأن يرجع إلى صفة المسكنة لو كلف مدين فهو متوسط، أي: ولم يتأثر بالمد والنصف، كما صرح به الإمام، ولابد مع ذلك من النظر إلى الرخص والغلاء.

والقدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن[٥] حد الإعسار في النفقة، كذا حكاه الغزالي.

وفي «المهذب»: أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال.

قال مجلي: ومضمونه: أنه إذا كان يقدر على التكسب، كلفه؛ كما لو كان يقدر بالمال.

---

(١) في أ: والكبيرة والصحيحة والصغيرة والمريضة.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: من.

وأراد مجلي بذلك: نفقة المتوسط [أو الموسر][(١)] إن كان كسبه يفي بها، وسنذكر في الباب الثاني خلافًا في وجوب الاكتساب لأجل النفقة.

فإن كان الزوج عبدًا فليس عليه إلا نفقة المعسرين، وكذا المكاتب، وكذا من بعضه حر وبعضه رقيق، على أصح الوجهين في[(٢)] «البندنيجي» وغيره.

وفي الثاني: يوزع على الحصتين إن كان موسرًا بنصفه [الحر، أو متوسطًا.

والنظر في اعتبار اليسار وما عداه إلى وقت طلوع الفجر، وهو الوقت][(٣)] الذي يجب فيه تسليم النفقة، ولا نظر إلى ما يطرأ بعده من يسار أو إعسار؛ صرح به في «التهذيب».

ويجيء - على ما سنذكره عن «المهذب»-: أن يعتبر ذلك وقت طلوع الشمس.

فرع: لو اختلفا في يساره وإعساره، فإن لم يعرف له مال فالقول قوله، وإن عرف له مال أيسر به، فالقول قولها.

وهذا يظهر على قول من اعتبر وجود المال في اليسار، وأما على طريقة القاضي والماوردي فالذي يظهر أنه لا أثر لوجود المال أو عدمه[(٤)].

تنبيه[(٥)] المد يجمع على: أمداد، ومداد، بكسر الميم.

---

(١) في أ، د: والموسر. (٢) في أ: وفي. (٣) سقط في د.

(٤) قوله: فالذي ذكره الماوردي أن الموسر: من يقدر على نفقة الموسرين في حق نفسه، وحق كل من يلزمه نفقته من كسبه لا من أصل ماله.

والمعسر: من لا يقدر على أن ينفق من كسبه على نفسه، وعلى من يلزمه نفقته إلا نفقة المعسرين، وإن زاد عليها كانت من أصل ماله لا من كسبه.

والمتوسط: هو أن يقدر على أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من يلزمه نفقته نفقة المتوسطين، وإن زاد عليها كان من أصل ماله، وإن نقص عنها فضل من كسبه، ثم قال بعد ذلك:

فرع: لو اختلفا في يساره وإعساره، فإن لم يعرف له مال فالقول قوله، وإن عُرف له مال أيسر به فالقول قولها.

وهذا يظهر على قول من اعتبر وجود المال في اليسار، وأما على طريقة القاضي والماوردي، فالذي يظهر أنه لا أثر لوجود المال أو عدمه. انتهى كلامه.

ومقتضاه: أنه لم يقف على كلام الماوردي، أو أنه قائل بالمال؛ كما قاله غيره وليس كذلك، فقد ذكر الماوردي المسألة بعبارة توافق طريقته، فقال: القول قوله ما لم يتحقق يساره؛ لأن الأصل في الناس العدم، والأصل براءة الذمة حتى يتحقق الاستحقاق. انتهى.

فعبر باليسار، وعنده أن اليسار ليس للمال فيه مدخل. [أ و].

(٥) في أ: و.

قال: فإن رضيت بأخذ[(١)] **العوض، [أي]**[(٢)]: من ذهب أو فضة - جاز على ظاهر المذهب؛ لأنه طعام مستقر في الذمة لمعين؛ فجاز أخذ العوض عنه، كالقرض.

وقيل: لا يجوز، وهو الأصح في «تعليق» القاضي الحسين؛ لأنه طعام واجب في الذمة بالشرع، فلم يجز أخذ العوض عنه كطعام الكفارة.

ولأنه طعام يثبت في الذمة ببدل؛ فلا يجوز العدول إلى بدله قبل القبض كالسَّلَم.

وفيما ذكرناه من علة ظاهر المذهب - وهو قول أبي إسحاق - ما ينفي ذلك.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه ثالث فارق بين النفقة المستقرة الثابتة في الذمة؛ فيجوز الاعتياض عنها، وبين النفقة المستقبلة؛ فلا يجوز. وكأنه يشير - والله أعلم - إلى نفقة اليوم قبل مضيه؛ فإنها متعرضة للسقوط بالنشوز.

وحكم أخذ الخبز والدقيق عند بعضهم حكم أخذ الذهب والنُّقْرة[(٣)]؛ فيخرج على الخلاف، وهو ما حكاه ابن يونس والفوراني.

وفي «الشامل»: أن الذي يجري على قول أصحابنا: أنه لا يجوز؛ لما فيه من الربا[(٤)].

وفي «الرافعي»: أن القاضي الروياني وغيره تابع العراقيين عليه، يعني: على عدم[(٥)] الجواز.

وفي «التهذيب»: الجزم بأنها إذا رضيت بأخذ الدقيق والسويق والخبز جاز.

ولعل وجهه ما ذكره مجلي: أنها بذلك قابضة لحقها، وليس من باب المعاوضات[(٦)]، وإنما أسقطت مؤنة الإصلاح[(٧)].

وعلى هذا التعليل ينبغي أن تكون من جنس حقها.

وفي «الذخائر» حكاية الخلاف، لكنه مرتب على الخلاف في الفضة، وأولى بالمنع.

---

(١) في أ: بإحدى.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: القشرة.
(٤) في أ: الرياء.
(٥) في د: نفى عدم.
(٦) في د: المعاوضة.
(٧) في أ: الاصطلاح.

وعلى كل حال: فلا يجوز الاعتياض عن النفقة المستقبلة، ولا بيعها من الغير بحال.

ولو كانت تأكل مع الزوج على العادة، ففي سقوط نفقتها بذلك خلاف مبني على جواز بيع المعاطاة.

قال الغزالي: والأحسن السقوط، والقياس عدم الإجزاء، وهو الذي اختاره الروياني والمحكي في «تعليق» البندنيجي.

قال البندنيجي[١]: وهذا إذا لم ترض بذلك عوضًا، فإن رضيت به عوضًا سقطت وجهًا واحدًا.

وفي «تعليق» البندنيجي: أنها ترجع عليه بالنفقة، ويرجع عليها ببدل ما أنفق.

قال: ويجب لها من الأدم ما تحتاج إليه من أدم البلد، أي: من زيت، أو سمن، أو شيرج، أو جبن، أو خل، أو لبن.

أما أصل وجوب الأدم؛ فلأن الله -تعالى- قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩]، وليس من المعروف أن يدفع إليها القوت بلا أدم؛ فإن الطعام لا ينساغ أكله في الغالب إلا به.

وأما كونه يرجع فيه إلى أدم البلد؛ فلأن الشرع لم يضبطه بشيء، ولا له نظير في الشرع يقاس عليه؛ فتعين حمله على العرف كالحرز والإحياء، والعرف يختلف.

وقد قال الأئمة: [إن كان بالعراق فالأدم فيه الشيرج والزيت، و][٢] إن كان بخراسان أو بالحجاز فالأدم فيه السمن، وإن كان بالشام - قال القاضي الحسين: أو مصر - فالأدم فيه الزيت.

وإنما خص بذلك؛ لأنه[٣] أصلح للبدن، وأخف مؤنة؛ فإنه لا يحتاج في[٤] التأدم به[٥] إلى طبخ ولا كلفة، هذا كلام ابن الصباغ، وظاهره يقتضي حصر[٦] الأدم في الأدهان.

قال مجلي: وكذلك كلام الشيخ أبي حامد؛ فإنه ذكر هذه العلة، وزاد فيها: أنه

---

(١) في د: مجلي.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: لأنها.
(٤) في أ: إلى.
(٥) في د: بها.
(٦) في د: خصيَّة.

قل طعام يطبخ إلا وفيه الدهن؛ فلهذا خص الدهن من سائر الآدام بالإيجاب، ثم قال: وهذا الذي قالاه ظاهر قول الشافعي في «الأم» رأيته.

وقال بعض أصحابنا: لا يختص بجنس الدهن. انتهى.

وهو ما حكاه الرافعي، وإليه أشار الماوردي، كما ذكرناه أولاً.

ثم ذلك يختلف - أيضًا - باختلاف الفصول، فقد تغلب الفاكهة في أوقاتها؛ فتجب.

قال القاضي الحسين: الرطب في وقته[واليابس في وقته][(١)] .

قال الرافعي: والوجه المذكور في جنس القوت - أنه ينظر إلى عادة الزوج دون الغالب - يعود في الأدم أيضًا.

وأما قدر ما يؤتدم به فالمرجع فيه اجتهاد القاضي وفرضه، فإذا قيل: إنه يكفي في إدام كل مد من الطعام أوقية من الدهن مثلاً - أوجبنا لامرأة الموسر أوقيتين، ولامرأة المعسر أوقية، ولامرأة المتوسط أوقية ونصف.

وما نقل عن الشافعي من أنه قال: «مكيلة زيت أو سمن»، فقد قال الأئمة: إنه تقريب، لا تقدير.

وفي «الجيلي»: أن بعض أصحابنا قال: المراد بمكيلة الزيت والسمن: أربعون درهمًا.

قال: ومن اللحم على حسب عادة [أهل][(٢)] **البلد**، أي: فإن كان أهل البلد يأكلون اللحم في كل أسبوع مرة وجب [لها][(٣)] كذلك، والأولى أن يكون في يوم الجمعة، وإن كانوا يأكلونه في كل أسبوع مرتين[(٤)] وجب كذلك، والأولى أن يكون في يوم الجمعة، وفي يوم الثلاثاء أخرى.

وإن كانوا يتأدمون باللحم كان تأدمها اللحم.

قال الماوردي: وكذلك إن كانت عادتهم أن يتأدموا[(٥)] بالسمك كان أدمها السمك.

والمرجع في قدر ذلك إلى العرف - أيضًا - حتى لو كان الواحد منهم يتأدم بأكثر من رطل من لحم فقدره معتبر بعرفهم، صرح به الماوردي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: مرة.
(٥) في أ: يتأدمون.

وما قاله الشافعي من أنه يطعمها في كل أسبوع رطل لحم، فهو محمول عند الأكثرين على عادة أهل مصر؛ لعزة اللحم عندهم يومئذ.

وفي «الرافعي»: أن الرطل محمول على المعسر، وعلى الموسر رطلان، وعلى المتوسط رطل ونصف.

وفي «التهذيب»: أنه يجب في وقت [الرخص] [١] على الموسر في كل يوم رطل، وعلى المتوسط في كل يومين[٢] أو ثلاثة، وعلى المعسر في كل أسبوع. وفي وقت الغلاء يجب في أيام مرة، على ما يراه الحاكم.

وقال قائلون: وحكاه الشيخ أبو محمد عن القفال-: إنه لا يزيد على [ما] [٣] ذكره الشافعي في جميع البلاد، ويجب عليه مع اللحم الملح والحطب وأجرة الطبخ إن لم تجر عادتها بالطبخ.

فرع: هل يجب لها في اليوم الذي يعطيها فيه اللحم أدم؟ أبدى الرافعي فيه ترددًا لنفسه.

فرع آخر: إذا تبرمت بالجنس الواحد من الأدم، لا يلزم [الزوج][٤] إبداله على الأظهر.

وعلى هذا لو أبدلته بجنس آخر فلا اعتراض له.

وكذا لو صرفت ما أخذته من الطعام في الأدم، وبالعكس.

ومن الأصحاب من جوز له المنع من إبدال الأشرف بالأخس، وله على هذا منعها من بدل أكل الأدم من طريق الأولى.

وفي «تعليق» البندنيجي: أنها لو أرادت أن تصرف ما أخذته فيما يهزل بدنها، ويذهب حسنها - كان له منعها على أحد الوجهين.

قال: ويجب لها ما تحتاج إليه من الدهن للرأس والسدر، أي: أو ما في معناه من الخطمي والطين والمشط؛ لأنها تحتاج إلى ذلك لإصلاح شعرها؛ فوجب عليه كنفقة بدنها.

ويلتحق بما ذكرناه الأشنان[٥] والصابون والقِلْيُ[٦][٧] للثياب؛ صرح به في «التهذيب».

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: مرتين. (٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ. (٥) في أ: الإشمار. (٦) في د: والغلي.
(٧) القِلْي والقِلَى: شيء يغسل به الثياب. ينظر: تهذيب اللغة (٤/ ١٢٢).

والمراد بالمشط - على ما حكاه الماوردي - آلة المشط من الأفاويه(١) والغسلة؛ إذا كان ذلك من عرف بلادهم.

والذي يظهر أن مراد الشيخ به: الآلة المعروفة، وفيه لغات: مشط، ومُشُط -[بضم الميم وإسكان الشين وضمها](٢)- ومشط بكسر الميم، وممشط، ويقال له: مشقاً ومشقا، مهموز وغير مهموز، ومشقاء، ممدود.

ثم المرجع في جنس الدهن وغيره إلى العرف، حتى لو كانت ممن لا يعتادون الادهان إلا بما طيب بالورد والياسمين وجب.

و[المرجع] في قدره إلى كفاية مثلها ووقته(٣) في كل أسبوع مرة. قاله الماوردي.

وفي «ابن يونس» أنه قيل: إن ذلك [لا](٤) يجب - وأبداه الإمام وغيره احتمالاً في الدهن - فيما إذا قال الزوج: هذا للتجمل والتزين، وأنا لا أريده.

ويجب على الزوج أجرة الحمام إن كانت عادتها بدخوله.

قال الماوردي: وذلك في كل شهر مرة.

وأشار بعض أصحاب الإمام إلى خلاف في وجوب الحمام، وبالمنع أجاب البندنيجي، وألحقه بالطيب.

وكذلك أطلق القاضي الحسين جوابه بالمنع.

والذي أورده الغزالي: أنها لا تجب إلا إذا اشتد البرد.

ويجب عليه ثمن ماء الاغتسال، إن كان سببه جماعًا(٥) أو نفاسًا، على أصح الوجهين؛ لأن الحاجة إليه(٦) جاءت من قبله، بخلاف ما إذا كان سببه(٧) جنابة؛ فإنه لا يجب إذ لا صنع منه؛ وكذا لو كان حيضًا على أصح الوجهين.

قال الرافعي: وينظر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن السبب من جهته كاللمس، أو لا من جهته؟

واعلم أن تقييد الشيخ الدهن للرأس يفهم أنه لا يجب عليه الدهن للجسد؛ لأجل

---

(١) أفاويه جمع الفوه بالضم الطيب، وقيل: ما يعالج به كالتوابل من الأطعمة. ينظر: المغرب، ص (٣٦٨)، وفي د: الأقاويه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ووقيه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: سيئه جمًا.
(٦) في د: التي.
(٧) في أ: سيئه.

أنه لا يراد للزينة، بخلاف الرأس؛ فإنه من الزينة التي تدعو إلى الاستمتاع بها.

وفي «الحاوي»: إلحاق الدهن للجسد بالدهن للرأس في الوجوب.

قال: ولا يجب عليه ثمن(١) **الطيب**، أي: الذي يقصد للزينة؛ لأن ذلك يراد للتلذذ والاستمتاع، وذلك حق له.

نعم: يجب عليها استعماله إذا أحضره لها، وكذا الخضاب في اليدين والرجلين.

وكذا الكحل لا يجب على الزوج، صرح به الرافعي، وقرنه بالخضاب.

وفي «الحاوي»: أن الكحل الذي يراد للزينة كالإثمد يجب على الزوج الإتيان به.

أما الطيب الذي يقصد لقطع [الزهوكة](٢) - إذا لم تنقطع بالماء والتراب - فيجب؛ لأنه من جملة آلة التنظيف؛ فأشبه المشط.

وكذا يجب المرتك وما في معناه؛ لقطع الصنان إذا لم ينقطع بالماء والتراب، وحكى فيه بعض أصحاب الإمام وجهًا.

فرع: يجب على الزوج أن يحضر لها ما تنتفع به من آلة الطبخ والشرب والاستعمال كالإبريق والمدية(٣)، ولا يتعين في ذلك نوع، بل يجري فيه الخزف والخشب والحجر.

وأبدى الرافعي احتمالاً فيما إذا كانت شريفة: أن يجب له الظروف النحاسية، وهو مستمد من قول الغزالي: «وأما النحاس فطلبه ترفه، وقد يليق بالشريفة؛ فهو كالزيادة(٤) على لبس الكرباس».

قال: ولا أجرة الطبيب - أي: والفاصد - ولا شراء الأدوية؛ لأن الزوج بمنزلة [المستأجر، والزوجة بمنزلة](٥) الدار المستأجرة، والدواء وما في معناه لحفظ البدن؛ فلا يجب على الزوج كما لا يجب على المستأجر عمارة الدار، بخلاف الدهن وما في معناه؛ فإن ذلك في معنى غسل الدار وكنسها، وذلك على المكتري(٦)؛ فلا جرم وجب على الزوج.

---

(١) في أ: بمن.
(٢) في د: الزهولة.
(٣) في أ: الزيدية.
(٤) في د: كزيادة.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: الكبرى.

[وفي «التتمة» في قسم الصدقات، عند الكلام في أنه هل يجوز أن يُصرف لزوجة الغير من سهم الفقير شيء أم لا؟ إشارة إلى وجه في أن مداواتها تجب على الزوج][1] ، ولعله [مفرع][2] على القول بأن نفقتها مقدرة بالكفاية؛ فإنها حينئذ تكون كالقريب، والله أعلم.

قال: ويجب من الكسوة ما جرت العادة به.

أما وجوب أصل الكسوة؛ فلقوله تعالى: ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولما روى الترمذي عن أبي هريرة في حديث مطول: «أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ، أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ»[3] ، وقال: إنه حديث حسن صحيح.

ولأن الكسوة كالقوت في كون البدن لا يقوم إلا بها.

وأما كون الواجب ما جرت العادة به؛ فلقوله تعالى: ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، رد ذلك إلى العرف، ولأن الإجماع على أنه لا يكفي ما ينطلق عليه الاسم، كما حكاه الرافعي؛ فامتنع إلحاقها بالكسوة في الكفارة؛ فتعين العرف.

قال: فيجب لامرأة الموسر من مرتفع، أي: بكسر الفاء - ما يلبس نساء [أهل][4] البلد، أي: من قطن، أو غزل، أو خز، أو حرير؛ لأن الشرع أوجب التفاوت بين الموسر والمقتر، والكسوة مقدرة بالكفاية في حق امرأة الموسر والمقتر؛ فلم يمكن الزيادة عليها؛ فيرجع بالتفضيل إلى نوعها؛ إذ العرف يقتضيه، بخلاف النفقة؛ فإنها لما لم يكن القصد منها الكفاية جاز اعتبار التفاوت بين الموسر والمقتر بالزيادة.

وفيما عدا القطن[5] وجه: أنه لا يجب، وهو محكي[6] عن الشيخ أبي محمد؛ متمسكًا بظاهر ما روي عن الشافعي: أن الموسر يعطي من لين البصرة أو الكوفة أو واسط، والمعسر من غليظها، والمتوسط ما بينهما. وأراد: المتخذ من القطن؛ لأن هذا لباس أهل الدين، وما زاد عليه رعونة.

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٦٧) كتاب الرضاع، باب: حق المرأة على زوجها، برقم (١١٦٣)، وابن ماجه (٣/ ٣٠٣، ٣٠٤) كتاب النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، برقم (١٨٥١).

(٤) سقط في أ. (٥) في أ: العز.

(٦) في أ: يحكي.

والجمهور حملوه على أن ذلك كان عادة ذلك الوقت.

نعم، لو كانت العادة لبس الثياب الرقيقة - كالقصب الذي لا يصلح سترًا - فلا يعطيها منه؛ لأنه لا يعطيها إلا ثوبا واحدا؛ فلا تصح الصلاة فيه، ولكن يعطيها من الصفيق[(١)] الذي يقرب منه في الجودة، كالدبيقي[(٢)] والكتان المرتفع.

قال: ولامرأة المعسر دون ذلك، أي: من غليظ القطن والكتان، ويجب لامرأة المتوسط ما بينهما، كما قلنا في النفقة، وفيهما[(٣)] الوجه الجاري على ظاهر النص، هذا هو المشهور.

قال الرافعي: وفي كلام أبي الفرج وإبراهيم المروروذي: أنه ينظر في الكسوة إلى حال الزوجين جميعًا؛ فيجب عليه ما[(٤)] يلبس مثله مثلها في العادة.

وفي «الذخائر»: أن بعض أصحابنا قال: يعتبر حال الزوجة، وأن يكون بحيث إذا فرض لها ذلك، لا يجاوز حد مثلها، [وإلا اقتصر][(٥)] بها على ما يجب لمثلها.

ثم قال: وينبغي أن يفصل؛ فيقال: إن قلنا: إن الكسوة تمليك، فيعتبر العرف في جنس الواجب كالنفقة. وإن قلنا: إنها إمتاع، فوجهان:

أحدهما: يعتبر بالزوجة.

والثاني: يعتبر بالزوج - كالوجهين في المسكن.

قال: وأقل ما يجب، أي: لامرأة الموسر وغيرها - قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل، وإن كان في الشتاء - ضم إليه جبة - أي: محشوة بالقطن - وهذا أكثر الواجب؛ لأجل حصول الكفاية به، وذلك يختلف بطولها وقصرها، وهزالها وسمنها.

ويجب أن يكسوها في السنة مرتين: كسوة في الشتاء، وكسوة في الصيف إذا بليت عند انتهاء أمدها، وهو ستة أشهر الفصل، فإن بقيت بعده أو بليت[(٦)] قبله، فسيأتي الكلام فيه، إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: لم اعتبرتم في الكسوة الكفاية، ولم تعتبروها في القوت[(٧)]؟

---

(١) في أ: الصفو.
(٢) في أ: كالزئبقي.
(٣) في د: وفيها.
(٤) في أ: أن.
(٥) في أ: ولا أقصر.
(٦) في د: فنيت.
(٧) في د: العرف.

قيل: لأن الكفاية في الكسوة متحققة بالمشاهدة؛ فاعتبرناها لضبطها، وكفاية القوت غير متحققة ولا مشاهدة؛ فلم نعتبرها للجهل بها، مع كونها وجدت[(١)] بطريق المعاوضة المقتضية الصون[(٢)] عن الغرر بقدر الإمكان.

ويقوم مقام المداس المكعب والنعل، ومقام السراويل الإزار، ومقام الجبة الفرو[(٣)] إن كانت عادتهن بلبس ذلك.

وعن «المنهاج» للجويني: أن السراويل لا تلزم في الصيف، وإنما تلزم في الشتاء مع البرد.

وفي «الحاوي» خلافه، وإن كانت عادتهن ترك لباسه، بخلاف ما إذا كانت عادتهن ترك [لباس][(٤)] شيء في أرجلهن كأهل القرى في البيوت؛ لأن[(٥)] في ترك السراويل هتك عورة، ويؤخذ بها في حق الله - تعالى - جميع النساء.

وقال أبو الفرج السرخسي: إذا لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود؛ فيجب من[(٦)] الحطب والفحم بقدر الحاجة.

ولا فرق في وجوب ما ذكرناه على المذهب بين الحضرية والبدوية، كما صرح به البندنيجي.

وفي «الحاوي»: أن الاعتبار في الكسوة والطعام بموضع مقامها حتى لو كانت الزوجة بدوية، وهو حضري، وأقام بها في البادية - وجب عرفهم، وإن أقام في الحاضرة فعرف الحاضرة. وكذلك لو كان بدويًّا، وهي حضرية: فإن أقام بالبادية اعتبر عرف البادية، وإن أقام في الحضر اعتبر عرف الحاضرة، وإيراد القاضي الحسين قريب من ذلك.

تنبيه: المقنعة والمقنع - بكسر الميم - من «التقنيع».

قال الجوهري: والقناع أوسع من المقنعة.

المداس: بفتح الميم، وحكي كسرها.

قال: ويجب لامرأة الموسر ملحفة، أي: إن كان صيفًا، وكساء تتغطى به -أي:

---

(١) في د: وجبت.
(٢) في أ: الصور.
(٣) في أ: القر.
(٤) في أ: اللباس.
(٥) في أ: كان.
(٦) في أ: على.

إن كان شتاء - ووسادة ومضربة محشوة بقطن لليل[(١)]، وزلية أو لبد تجلس عليه بالنهار، أي: إذا كان شتاءً، ونطعًا إن صيفًا، وكانت عادتهم ذلك؛ لما ذكرناه.

وإيراد[(٢)] الغزالي ربما يفهم أنه يجب زلية غير اللبد تحت المضربة.

قال الرافعي: والمفهوم من كلام الجمهور: أن المفروش على الأرض من الزلية أو اللبد أو الحصير واحد ليلا ونهارًا.

وفي المضربة وجه: أنها لا تجب، بل تنام على ما تفرشه نهارًا، حكاه العراقيون.

وفي «النهاية» حكاية عنهم: أن المضربة تجب في الليل، وهل تجب لها زلية تفرشها بالنهار؟ فعلى قولين.

أما لو كانت ممن عادتهن الغطاء باللحاف في الشتاء، وجب.

ولو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم، لم يلزمه شيء آخر، حكاه الماوردي وغيره.

قال: ولامرأة المعسر كساء أو قطيفة؛ بحسب العرف.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يدل على أنه لا يجب لامرأة المعسر ما يجب لامرأة الموسر من آلة النوم وما تجلس عليه.

قال ابن يونس: وقد ذهب إليه بعض العراقيين، والجمهور على أن امرأة المعسر يجب لها النازل[(٣)] مما ذكرناه، ولامرأة المتوسط ما بينهما، وهو ما حكاه في «المهذب».

وفي «الحاوي»: أن ذوي الإقتار وسكان القرى يكتفون في نومهم بالبسط المستعملة لجلوسهم؛ فلا يفرض لها فراش.

وفي «التتمة»: أنه يجب لامرأة المعسر حصير في الصيف، ولبد في الشتاء.

تنبيه: الملحفة - بكسر الميم-: من الالتحاف.

الوسادة - بكسر الواو - والإسادة: [لغتان.

الزلية: بكسر الزاي، وتشديد اللام والياء، وجمعها: الزلالي.

اللبد: بكسر اللام، جمعه:] [(٤)] لبود.

---

(١) في أ: لليد.

(٢) في أ: أراد.

(٣) في أ: التنازل.

(٤) سقط في د.

القطيفة - بفتح القاف-: دثار مخمل، وجمعه: قطائف وقطف؛ كصحائف وصحف. [و](١) في «الجيلي»: أنه كساء كبير عريض أبيض.

قال: وإن أعطاها كسوة مدة، وبليت قبلها، أي: [لا لسخافتها، بل لزيادة](٢) في الاستعمال، كما صرح به الماوردي وابن الصباغ وغيرهما - لم يلزمه إبدالها؛ كما لا يجب بدل طعام(٣) اليوم إذا نفد قبل انقضاء اليوم. [أما](٤) إذا تلف لسخافته فيجب إبداله.

قال: وإن بقيت بعد المدة لزمه التجديد؛ كما لو بقي قوت يومها إلى غد؛ فإنها تستحق فيه قوتها، وهذا هو الأصح عند الجمهور، والمذهب في «تعليق» البندنيجي.

قال: وقيل: لا يلزمه، أي: حتى تبلى، بخلاف القوت.

والفرق: أن الكسوة معتبرة بالكفاية، وهي مكفية، والقوت معتبر بالشرع.

ولا فرق - على هذا القول - بين أن تكون قد لبستها في المدة أو لا، صرح به القاضي الحسين في «التعليق».

وقال الماوردي، وتابعه ابن الصباغ: إن الأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن ينظر في الكسوة: فإن بقيت لجودتها لم تستحق بدلها؛ لأن الجودة زيادة، وإن بقيت لصيانتها عن اللبس، استحقت بدلها كما لو لم تلبسها.

وهذا كله فيما عدا الجبة، فأما الجبة: فإن كانت من القطن فتجدد في كل سنة، وإن كانت من الديباج ففي سنتين، والعرف في ذلك متبع.

وأما الدثار من اللحف والقطيفة والأكسية فهو أبقى من الكسوة، فيتبع فيه -أيضًا- العرف، هذا ما حكاه العراقيون.

وبنى المراوزة ذلك على أن الكسوة هل يجب تمليكها للزوجة كما يجب تمليك الطعام والإدام، أو لا يجب، وتكون إمتاعًا كما في المسكن والخادم؟ وفيه خلاف عندهم، والذي ذهب إليه ابن الحداد منهما، (٥) ويقال: إنه قضية نصه(٦) في «الإملاء»، واختيار القفال-: [الثاني](٧).

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لإسمافها.
(٣) في أ: الطعام.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: منها.
(٦) في أ: نص.
(٧) سقط في أ.

قال ابن الصباغ: وقد وافق ابن الحداد بعض أصحابنا، وإيراد الفوراني والمسعودي يقتضيه.

وأصحهما عند الأكثرين، وينسب إلى النص: الأول.

وفي «التهذيب» طرد هذا الخلاف في كل ما ينتفع به مع بقاء عينه كالفرش وظروف الطعام والشراب والمشط، وكلام الفوراني في المشط يوافقه.

وكلام القاضي في «التعليق» يقتضي إلحاق الفرش ونحوه مما يخرج عن كسوة البدن بالمسكن؛ فإنه قال: لا يجب إبداله ما لم يَبْلَ ويتخرق ولا يتهيأ الانتفاع به.

وألحق في «البسيط» الفرش والظروف بالمسكن.

رجعنا إلى المقصود: فإن قلنا بالأول، وبليت قبل المدة من غير تقصير - لم يجب التجديد، وفيه وجه ضعيف. وإن قلنا بالثاني وجب، وإن كان بتقصير منها، كما إذا كثر ترددها وتحاملها عليها؛ فهو كما لو أتلفتها، وإتلافها مبني على الخلاف - أيضًا-: إن قلنا بالأول لم يجب لها ولا عليها، وإلا فتجب عليها القيمة، وعليه الإبدال.

وأبدى الإمام احتمالاً في وجوب البداءة بأيهما.

ولو بقيت بعد المدة: إن قلنا بالأول وجب الإبدال،وإن قلنا بالثاني فلا.

ويتفرع على هذا المأخذ عندهم مسائل يأتي بعضها في الباب، منها[١]: لو استأجر لها كسوة، أو استعارها، إن قلنا بالثاني جاز، وكانت العارية مضمونة على الزوج دونها، وإن قلنا بالأول فلا.

قال: ويجب تسليم النفقة إليها في أول النهار؛ لأن الواجب حب؛ فتحتاج إلى طحنه وخبزه، فلو لم يسلم لها في أول النهار لم تنله عند الحاجة؛ فيلحقها الضرر.

ومراده بأول النهار: طلوع الشمس، كما صرح به في «المهذب»، وهو ما حكاه الرافعي في كتاب الضمان، وقضية كلام الماوردي في باب الإعسار[٢] بالنفقة؛ حيث قال: الوقت الذي تستحق فيه نفقة يومها هو أول أوقات التصرف فيه؛ لأنها إن طالبته مع طلوع فجره خرجت عن العرف، وإن أخرها إلى غروب شمسه أضر بها.

---

(١) في أ: ومنها.

(٢) في د: الاعتبار.

والجمهور على أنه تجب بطلوع الفجر.

قال في «البسيط» عند الكلام في وقت الفسخ[(١)]:

فإن قيل: ما معنى قول الأصحاب: إن النفقة تجب بطلوع الفجر؟

قلنا: معناه: أنه تجب وجوبًا موسعًا كما في الصلاة، أو معناه: أنه إن قدر وجب عليه التسليم، وإن ترك عصى ربه، ولكن لا يحبس ولا يخاصم، ومن هذا يظهر أنه لا تلازم من طريق الأولى، كما صرح به الإمام.

قال: فإن سلفها نفقة مدة، فماتت قبل انقضائها - رجع فيما بقي؛ لأنه دفع عما يلزمه ويستقر عليه في المستقبل، فإذا تبين خلافه استرد؛ كالزكاة المعجلة.

وهذا الحكم فيما لو بانت منه.

وفيه وجه: أنه لا يسترد؛ بناء على أنها ملكت ما سلفه لها كما ذهب إليه ابن الحداد، وصححه الرافعي، أما إذا قلنا: إنها لا تملك بالتسليف - وهو الأظهر في «النهاية» - فلا نزاع في أنه يسترد.

ثم هذا فيما عدا اليوم الذي حصل فيه الموت أو البينونة، أما ذلك اليوم فلا يسترد ما يقابله، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه.

وفي «الرافعي»: حكاية وجه فيه، ولم يطرده فيما إذا مات، بل سكت عنه.

فرع: حيث قلنا: لا تملك، فكلما شرعت في يوم ملكت ما يقابله في وقت وجوب التسليم.

قال: ويجب تسليم الكسوة في أول الفصل، يعنى: فصل الشتاء أو الصيف، كما ذكرناه؛ لأنه وقت الحاجة إليها.

قال: فإن أعطاها الكسوة، [ثم ماتت][(٢)] **قبل انقضاء الفصل**؛ أي: الذي قبضت الكسوة له - لم يرجع؛ لأنه دفعها، وهي واجبة عليه؛ [فلم يرجع][(٣)]؛ كما في نفقة اليوم، فإن الكسوة بالنسبة إلى الفصل كالنفقة بالنسبة إلى اليوم.

قال: وقيل: يرجع؛ لأن الكسوة لمدة لم تأت؛ فكان له الرجوع فيها؛ كما لو عجل نفقة أيام.

قال: والأول [أصح][(٤)]؛ لما ذكرناه.

---

(١) في د: النسج.
(٢) في أ: فمات.
(٣) في أ: لم.
(٤) سقط في د.

والمراوزة قالوا: إن قلنا: إنها إمتاع، استرد، وإلا فلا.

وفي الرافعي: حكاية وجه: أنه يسترد وإن قلنا: إنها تمليك، ثم[١] قال: ويمكن تنزيل وجه الاسترداد على الوجه الغريب الذي حكاه[٢] القاضي ابن كج في نفقة اليوم الواحد مع تسليم: أن كسوة الفصل كنفقة اليوم.

واعلم أنا حيث قلنا: يسترد، فذاك إذا كانت العين باقية، فإن كانت تالفة فالواجب [رد بدلها][٣].

قال: وإن تصرفت فيما أخذت من الكسوة ببيع أو غيره - أي: مثل الهبة والإجارة - جاز؛ لأنه عوض مستحق بسبب النكاح؛ فجاز التصرف فيه؛ كالمهر، وهذا هو الصحيح.

وقيل: لا يجوز؛ لأن له غرضًا[٤] في جمالها، وعليه ضرر نقصانه، وهذا قول ابن الحداد، وقد وافقه عليه بعض أصحابنا كما حكاه ابن الصباغ، وهو مبني على أن الكسوة إمتاع، والأول على القول بأنها تمليك.

فإذا قلنا بمذهب ابن الحداد فقد قال أبو إسحاق: إن لها أن تلبس ما دون المأخوذ كما في النفقة، [والظاهر المنع؛ لما للزوج من غرض التزين[٥]، وهل يجوز لها أن تتعوض عن الكسوة شيئًا إن قلنا: إنها تمليك؟ فيه وجهان كما في النفقة][٦] قاله المتولي.

قال: ويجب لها سكنى مثلها؛ لأن المعتدة تستحقها؛ فالزوجة أولى.

وظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الاعتبار فيها بما يليق بها، وهو ما حكاه المراوزة، وطردوه في كل ما الغرض منه الإمتاع حتى يجري في الكسوة على

---

(١) في د: بم.
(٢) في د: ذكره.
(٣) في أ: إبدالها.
(٤) في د: عرضًا.
(٥) قوله: وإن تصرفت فيما أخذت من الكسوة ببيع أو غيره؛ جاز كالمهر.
وقيل: لا يجوز لأن له غرضًا في تجملها، وهذا قول ابن الحداد، وهو مبني على أن الكسوة إمتاع والأول على القول بأنها تمليك.
ثم قال ما نصه: فإذا قلنا بمذهب ابن الحداد، فقد قال أبو إسحاق: إن لها أن تلبس ما دون المأخوذ كما في النفقة، والظاهر المنع؛ لما للزوج من غرض التزين. انتهى كلامه.
وما ذكره من تفريع الخلاف المذكور آخرًا على قول ابن الحداد غلط، بل الصواب وهو المذكور في الرافعي وغيره: تفريعه على مقابله، وهو طريقة الجمهور. [أ و].
(٦) سقط في د.

رأي، بخلاف ما الغرض منه[(١)] التمليك؛ فإنه يعتبر فيه جانبه لعظم الضرر فيه.

فعلى هذا: من لم تكن عادتها بسكنى الخان لا بد من سكناها في دار أو حجرة، وينظر -أيضًا- إلى سعتها وضيقها.

والذي حكاه الشيخ في «المهذب»، وقال الجيلي: إنه في «الخلاصة»، وإنه خلاف المذهب - أن الاعتبار في المسكن بحاله في اليسار والإعسار والتوسط؛ كما في النفقة.

ومن أراد الجمع بين الكلامين سلك طريق المتولي، وقال: إنا نعتبر مسكنًا يليق بها [متفاوتًا بين][(٢)] الغني والفقير والمتوسط؛ كما في النفقة، وهو يتضمن[(٣)] النظر إلى الجانبين معًا.

وعلى كل حال: فلا يشترط في المسكن أن يكون ملكًا له، بل يجوز أن [يكون][(٤)] مستعارًا أو مستأجرًا.

قال: وإن كانت المرأة ممن تخدم، أي: في بيت أبيها؛ لمنصبها وشرفها، دون ما إذا طرأ لها ذلك في بيت زوجها؛ كما صرح به أبو حامد، أو من سكان الأمصار دون أهل البوادي؛ كما قاله الماوردي.

قال: وجب[(٥)] **لها خادم واحد**، أي: سواء كان الزوج موسرًا أو معسرًا، حرًّا أو عبدًا؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف، وقال - عليه السلام - لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[(٦)] وهذا من جملة الكفاية.

ولأنه يجب عليه نفقتها؛ فوجب عليه إخدامها إذا كانت ممن تخدم؛ كالأب لما وجب عليه نفقة ولده وجب عليه نفقة[(٧)] من يخدمه، وهو الحضانة.

وأشار المزني إلى اختلاف قوله[(٨)] في وجوب الإخدام، وقد أثبته بعضهم، والجمهور قطعوا بالوجوب، وحملوا النصوص المشعرة بخلافه على ما إذا لم تكن ممن تخدم.

وفي «التتمة» - عند الكلام في دليل وجوب الخدمة-: أن اليسار شرط في

---

(١) في أ: فيه.
(٢) في د: متقاربًا من.
(٣) في أ: تضمين.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: ويجب.
(٦) تقدم.
(٧) في د: أجرة.
(٨) في أ: قول.

وجوب الخدمة، وإنما اكتفينا بخادم واحد؛ لأن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدومة الشريفة - على ما قاله أبو الفرج السرخسي - الطبخ والغسل ونحوهما، دون حمل الماء إليها للشرب، وحمله إلى المستخدم؛ فإن الترفع عن ذلك محض رُعونة لا عبرة بها.

وعلى ما حكاه في «التهذيب»: بحمل[١] الماء إلى المستخدم، وصبه[٢] على يدها، وغسل[٣] خروق الحيض ونحوها، وذلك كله يحصل بالواحد.

ولا يشترط في الخادم أن يكون مملوكًا له، بل يجوز ذلك، ويجوز أن يكون مستعارًا، أو حرًّا يسمح بالخدمة أو مستأجرًا.

ولا يجب عليه أن يستأجره بأكثر من قدر نفقة الخادم، سواء كان المستأجر حرًّا، أو رقيقًا، قاله مجلي.

وفي كلام الماوردي ما يدل على خلافه، وسنذكره في الباب.

نعم، يشترط أن يكون امرأة أو صبيًّا أو محرمًا.

وقيل: يكفي الشيخ الهم ومملوكها، وهل يجوز أن يكون ذميًّا؟ فيه وجهان.

والمرجع في تعيين الخادم إليه ابتداء، جزم به الماوردي، وهو الأظهر في الرافعي.

وفيه وجه حكاه القاضي أبو الطيب: أنه يرجع فيه إليها.

وأما في الدوام إذا توافقا على خادم في الابتداء فإليها، أو كانت قد حملت معها خادمًا، فأراد إبداله - لم يجز إلا إذا ظهرت ريبة وخيانة.

ولا خلاف أن له [أن][٤] يمنع ما زاد على الخادم الواحد من دخول منزله؛ وكذلك إذا استخدمت[٥] من لا تخدم خادمًا فله منعه؛ كما له إخراج مالها من داره.

ولو كانت الزوجة أمة، واقتضى منصبها وجمالها أن تخدم - ففي وجوبه وجهان:

أظهرهما - واقتصر الأكثرون عليه-: المنع.

وفي «الوجيز»: مقابله أصح.

---

(١) في أ: لحمل.
(٢) في أ: وصبيه.
(٣) في د: وعلى.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: استصحب.

ومن نصفها حر ونصفها رقيق في معنى الأمة، صرح به القاضي الحسين.

ولو كانت الزوجة ممن لا تخدم، لكن مرضت وعجزت عن خدمة نفسها - أطلق الأكثرون وجوب إخدامها، وهو مقتضى إطلاق الشافعي، رضي الله عنه.

ولا فرق فيه بين الحرة والأمة.

وإذا لم تحصل الكفاية بواحد فيزاد بحسب الحاجة.

وفصل بعضهم فقال: إن [كان][(١)] المرض دائمًا وجب الإخدام؛ لأن [العذر][(٢)] الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة. وإن لم يكن دائمًا لم يجب؛ كأسباب المعالجة، وعلى ذلك [جرى][(٣)] المبلغون[(٤)] عن الإمام.

وفرق الماوردي بينه وبين المعالجة بأن الخدمة من جنس ما يجب على الزوج بخلاف المعالجة.

قال: فإن[(٥)] **قال الزوج: أنا أخدمها بنفسي، لم يلزمها الرضا به**؛ لأنها تستحيي منه، وذلك يمنعها من استيفاء خدمتها، ولأن فيه عارًا عليها.

وقال إبو إسحاق، وأبو علي بن أبي هريرة: له ذلك. واختاره الشيخ أبو حامد.

وعن القفال، أو غيره: أن له ذلك، فيما لا تستحيي منه: كغسل الثوب، واستقاء الماء، وكنس البيت، وطبخ الطعام، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها: كصب الماء على يدها، وحمله إلى المستخدم، ونحو ذلك، وهذا ما حكاه الغزالي.

والأظهر ما في الكتاب، وإن كان البندنيجي قد قال: إنه ليس بشيء.

قال: وإن قالت: أنا أخدم نفسي، وآخذ أجرة الخادم - لم يلزمه الرضا به؛ لأن القصد به ترفيهها، وذلك لا يحصل بخدمة نفسها.

وأشار الغزالي إلى خلاف فيه بقوله: فالظاهر: أنه لا يلزم.

وإذا قلنا بالظاهر، فلو توافقا على ذلك ففي «التتمة»: أنه على الخلاف في الاعتياض عن النفقة.

ولو تبرع أجنبي عنها أو عنه، سقطت خدمتها؛ قاله الماوردي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: المنقلون.
(٥) في د: وإن.

قال: ويجب عليه نفقة الخادم وفطرته.

أما وجوب النفقة؛ فقد وجه بأنه من المعاشرة بالمعروف.

ووجهه ابن[١] الخل: بأن الواجب يقف على ذلك.

وأما وجوب الفطرة، فمحله كتاب[٢] زكاة الفطر.

وقد قال الإمام: ثم إن الأصح: أن فطرته لا تجب.

ثم المسألة مصورة[٣] في «الحاوي» وغيره بما إذا كان لها [خادم]، واتفقا على أن يخدمها بكفاية المؤنة وغيرها.

وألحق الرافعي والبندنيجي بذلك الحرة إذا رضيت بمثل ذلك.

أما لو كان الخادم له، فنفقته واجبة عليه بحكم الملك.

وإذا كان مستأجرًا أو مستعارًا، فنفقته عليه؛ إن كان حرًّا، أو على سيده؛ إن كان رقيقًا.

والخادم يطلق على الذكر والأنثى، [بغير الهاء] [٤]، وجاء لغة قليلة في الأنثى: خادمة.

قال: فإن كان موسرًا لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد، وإن كان معسرًا أو متوسطًا لزمه للخادم مد.

وتمسك الماوردي - في اعتبار تقدير نفقة خادم امرأة الموسر بالمد والثلث - بأن نفقة المخدومة مدان، وهذه تابعة لها؛ فلا تساويها، ولا يمكن إيجاب مد ونصف؛ لئلا نساوي بينها وبين نفقة المتوسط؛ فاقتصر فيه على مد وثلث، وهو ثلثا نفقة المخدومة.

وتمسك في اعتبار المد في حق المتوسط بأنه ثلثا نفقة المخدومة على وزان ما سبق في[٥] المعسر، وإن كان مقتضى ما ذكرناه من القياس أن يكون الواجب له ثلثي مد كي لا تحصل التسوية بينهما وبين نفقة المعسر وأجيب [بأن المد لا يقوم بدن - في الغالب - إلا به؛ فسوينا بينهما فيه للضرورة الداعية للتسوية][٦] كالعدد والحدود [تنقص بالرق][٧] عن حال الحرية فيما يتبعض من الأقراء

---

(١) في د: أن.
(٢) في د: كان.
(٣) في أ: مصرورة.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: وفي.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: بنقص الرق.

والأشهر والجلد، ويسوي بينهما فيما لا يتبعض من الحمل وقطع السرقة.

وعن القفال الشاشي - في اعتبار المد والثلث-: أن للخادمة والمخدومة في النفقة [حالة][(١)] كمال وحالة نقص، وهما في حالة النقصان يستويان، وفي حالة الكمال يزاد للمفضولة ثلث ما يزاد للفاضلة؛ كما أن للأبوين في الميراث حالتي كمال ونقصان، وهما في حالة النقصان - وهو أن يكون للميت ابن - يستويان، ويكون لكل منهما السدس، وفي حالة الكمال - وهي إذا انفردا - يكون المال بينهما أثلاثًا [يزاد للأم][(٢)] ثلث ما يزاد للأب.

وقال غيره في ذلك: إن نفقة الخادم على المتوسط ثلثا نفقة المخدومة؛ لأن نفقة المخدومة مد ونصف، ونفقة الخادم مد؛ فلذلك ينبغي أن تكون نفقة الخادم على الموسر ثلثي نفقة المخدومة عليه، وذلك مد وثلث.

قال في «البسيط»: وهذه المدارك بأصول أبي حنيفة أشبه بها من أصولنا، لكن لما بطلت الكفاية اكتفوا بمثل هذه التقديرات.

ووراء ما ذكرناه وجوه أخر:

أحدها: أن نفقة الخادم [مدّ لا][(٣)] تختلف باختلاف الأزواج.

والثاني: أنه يجب على المتوسط للخادم مد وثلث؛ كالموسر، وهو ما حكاه البندنيجي، وفي «البحر» نسبه قائله إلى الغلط.

والثالث: [أنه يجب][(٤)] على المتوسط مد وسدس.

وفي «الوسيط»: أن اعتبار المد والثلث تقريب، لا تقدير؛ إذ لا تقدير للشرع فيه.

وأما اعتبار قوت البلد؛ فلأنه من المعاشرة بالمعروف، وقد حكي فيه وجه: أنه يجعل دون ذلك؛ كما يأتي في الإدام.

واعلم أن المد والثلث، وكذا المد إنما يجب للخادم إذا قام بجميع ما يستحق من الخدمة الواجبة على مثله، أما إذا تعاطى الزوج[(٥)] بعضها -كما حكيناه- فهل يستحق الخادم -والحالة هذه- ما قدر له؟ فيه خلاف مبني على أن الأمة إذا

(١) سقط في أ.
(٢) في د: فزاد الأم.
(٣) في أ: بدلًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: الرجل.

سلمت إلى الزوج ليلاً، دون النهار - هل تستحق تمام النفقة؟ وفيه كلام سيأتي، فإن قلنا: لا تستحق التمام، وهو ما حكاه الغزالي - فقد قيل: يحتمل أن تشطر، ويحتمل أن توزع على الأفعال، كما حكاه أيضًا.

قال: ويجب عليه أدمه من دون جنس أدم المرأة - على المنصوص - وهو الأصح للعرف.

فعلى هذا: يكون أدم المرأة من الزيت الجيد، والخادم من الزيت الدون.

وقيل: من جنس أدمها؛ كما لزمه من جنس طعامها، وهذا ما حكاه الماوردي.

وقيل: لا يلزمه للخادم أدم أصلاً، بل يكتفي بما يفضل عن المخدومة.

وهل يجب للخادم اللحم؟ فيه خلاف بناه البندنيجي وغيره على أن الأدم يجب من أدم المخدومة أم لا؟ فإن قلنا: يجب منه وجب، وإلّا فلا.

وأما قدر الأدم[١]، فهو بحسب الطعام.

قال: ولا يجب للخادم الدهن والسدر[٢] **والمشط**؛ لأن ذلك يراد للزينة، والخادم لا تتزين له،بل اللائق بحال الخادم [أن تكون شعثة؛ كي لا تمتد إليها الأعين بخلاف الزوجة][٣].

نعم، لو كثر الوسخ وتأذت[٤] بسبب الهوام، فعليه أن يعطيها ما ترفه به. وهذا ما استدركه القفال، واستحسنوه[٥]، وقريب منه ما حكي عن الصيدلاني: أنها إن احتاجت إليه عند تلبد شعرها وجب.

وأطلق صاحب «العدة» وجهين في أنه هل يعطي الخادم المشط والدهن؟

قال: ويجب لخادم امرأة الموسر قميص ومقنعة.

أما وجوب أصل الكسوة فبالقياس على النفقة؛ لأنها من المعاشرة بالمعروف.

وأما القميص والمقنعة؛ فلأن ذلك أقل ما يحصل به الستر، وتقتضيه العادة.

وفي «التتمة»: أن المقنعة تجب في الشتاء، وفي الصيف للحرة، وإن كانت أمة فلا إذا كانت عادة الإماء في البلد كشف الرأس. وهذا منه يدل على ما حكيناه عن الرافعي في إلحاق الحرة المتبرعة بخادمها.

ويجب لها مع ما ذكرناه في الشتاء: جبة صوف، [أو][٦] محشوة قطنًا، أو فرو،

---

(١) في د: الإدام.
(٢) في د: مع السدر.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وتأدمه.
(٥) في أ: واستحسنه.
(٦) سقط في د.

على حسب العادة؛ ليدفع عنها البرد.

قال: وخف، أي: إذا كانت تخرج إلى الطريق في الحوائج؛ لأنها محتاجة إلى الخروج لقضاء حاجتها، والمعهود في حق النساء لبس الخف عند الخروج.

وكذلك يجب لها إذا كانت تخرج ما تلتحف به؛ لما ذكرناه.

قال: ولا يجب لها سراويل؛ لأن المقصود منه الزينة وكمال الستر، والخادمة لا تحتاج إلى الزينة ولا إلى كمال الستر، إذا كانت أمة؛ فإن ساقها ليس بعورة، كذا علل به الرافعي.

ومقتضاه: أن يجب إذا كان الخادم حرة - إن لم يكن ما ذكره علة واحدة - كما حكيناه[1] عن المتولي في المقنعة.

وفي «التهذيب» حكاية وجه: أنه يجب مطلقًا، وصححه ووافقه القاضي الروياني على تصحيحه.

قال: ويجب لها كساء غليظ أو قطيفة[2]؛ أي: تتغطى بذلك، ووسادة، أي: تنام عليها.

وفي «التتمة»: أنه لا بد لها من شيء تجلس عليه: كبارية في الصيف، وقطعة لبد في الشتاء. وفي «البحر»: أنه لا يجب لها فراش[3]، ويظهر أن يكون اختيار الشيخ هاهنا؛ لأنه لم يتعرض له، وإن كان قد ذكر في «المهذب» وجوبه، كما سنذكره.

قال: ولخادم امرأة المعسر عباءة، أو فروة[4]، والمرجع في ذلك كله إلى العرف.

وقال الغزالي: الغرض أن الكسوة تجب للخادم، إلا أنه [لا] تكون أحسن جنسًا من كسوة المخدوم.

ويختلف ذلك باختلاف البقاع، ومقتضى هذا: أن يساوي المخدوم في القدر والجنس، وإنما الاختلاف في النوع، كما قلنا في الأدم، وهو قضية كلام الشيخ في «المهذب»؛ فإنه قال: يجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والدثار، دون ما يجب للزوجة، ويستثنى منه السراويل.

---

(١) في أ: حكينا.
(٢) في د: وقطيفة.
(٣) في د: فرش.
(٤) في أ: فرق.

وقد سكت الشيخ والأصحاب عن التعرض لكسوة خادم امرأة المتوسط، ويحتمل - على ما قاله الشيخ هاهنا في امرأة المعسر - أن تلتحق بها في القدر كما في النفقة. ويحتمل أن يجب لها ما بين كسوة(١) امرأة الموسر والمتوسط، خصوصًا إذا قلنا بما حكاه في «المهذب».

تنبيه: العباءة: بفتح العين والمد، والعباية: بالياء - لغتان.

الفرو - بغير هاء-: هذا الملبوس المعروف، وجمعه: فراء. وقد استعمله الشيخ بالهاء، وهي لغة، وقيل: «الفرو» واحد «الفراء»؛ فإن كان كالجبة فاسمها: فروة(٢).

قال: وتجب النفقة إذا سلمت نفسها إلى الزوج - أي: في الموضع الذي عينه- أو عرضت نفسها عليه - أي: وإن لم ينقلها إلى موضع، ولا استمتع بها - لأنها سلمت ما ملك عليها، فملكت واستحقت ما بإزائه؛ كالأجير إذا سلم الدار المكراة إلى المكتري، أو عرضها عليه - يستحق عليه الكرا.

وصورة العرض أن تقول: سلمت نفسي إليك، فإن اخترت أن تصير إلى، وتأخذني وتستمتع بي - فذاك إليك، وإن اخترت جئت إليك في أي مكان شئت. أو ما يؤدي هذا المعنى.

قال: وإن كانت صغيرة - أي: لا يوطأ مثلها - ففيه قولان:

أصحهما: أنها لا تجب؛ لأمرين:

أحدهما: أن فقد(٣) الاستمتاع بالصغر أغلظ من فقده بالنشوز [في الكبر؛ لإمكانه في حال النشوز، وتعذره في الصغر فكان إلحاقه بالنشوز](٤) في سقوط النفقة أولى.

والثاني: أن النفقة في مقابلة التمكين والاستمتاع؛ فصارت بدلاً في مقابلة مبدل، وفوات المبدل موجب لسقوط البدل، وإن كان فواته بعذر كسقوط الثمن بتلف المبيع، وهذا القول هو المنصوص عليه في «الأم» وهو مع الثاني في «الإملاء».

والقول الثاني: أنها تجب؛ لأنها محبوسة عليه، وفوات الاستمتاع بسبب هي معذورة فيه، فأشبهت المريضة والرتقاء.

---

(١) في أ: كسوتها.
(٢) في أ: فرة.
(٣) في د: قدر.
(٤) سقط في أ.

وبنى(١) المراوزة القولين على القولين(٢) في أن النفقة تجب بالتمكين(٣)، أو بالعقد.

واعلم أن المسألة مصورة في «المهذب»، «وتعليق» القاضي الحسين، و«الرافعي» بما إذا سلمت إليه، أو عرضت عليه، حتى قال الرافعي: لو لم تسلم إليه كانت كالكبيرة.

وفي «النهاية»: أنه لا حاجة في الصغر في تقدير النفقة إلى وعد الزفاف، عند إمكان الاستمتاع، بل تستقر النفقة في الصغر مع السكوت وترك التعريض وفاقًا، وإذا جاز الإمكان كان الحكم كالكبيرة، وهذا قد يؤخذ من ظاهر كلام الشيخ هاهنا من حيث إنه جعله في مقابلة تسليمِها نفسها.

أما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها فيجب لها النفقة وجهًا واحدًا إذا سلمت إلى الزوج، أو عرضت [عليه، والمخاطب بذلك هو الولي. فلو سلمت هي](٤) نفسها، [فتسلمها الزوج - وجبت، ولو عرضت نفسها](٥) ولم يتسلمها الزوج، قال ابن الصباغ: ينبغي ألا تجب حتى يتسلمها؛ لأن بذلها لا حكم له. وهذا ما حكاه الرافعي عن المذهب، وأبداه مجلي عن بعض الأصحاب جزمًا، وذكر لنفسه احتمالاً في وجوبها.

قال: وإن كان الزوج صغيرًا، أي: لا يتأتى منه النكاح، وهي كبيرة - أي: وعرضت نفسها على وليه، لا عليه؛ كما صرح به الرافعي - ففيه قولان:

أصحهما: أنها تجب؛ لأن الاستمتاع مستحق عليها دونه، وقد وجد التمكين من جهتها؛ فوجبت النفقة، ولم تسقط بعذر من جهته؛ كما لو هرب.

وكما لو تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة يعذر فيه بعد تسليم العين، وهذا هو المنصوص عليه في «الأم»، وهو مع الثاني في «الإملاء».

والقول الثاني: أنها لا تجب؛ لأن التسليم أو التمكين لا معنى له إلا بتسليم أحدٍ أو تمكينه منه، ولم يوجد.

ومن الأصحاب من جزم بالأول، وأجرى الخلاف [في الصورة الأولى. قال

---

(١) في أ: وهي.
(٢) في د: القول.
(٣) في أ: بالتمكن.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

القاضي الحسين: وهو سديد، وذكر ما عللنا به][١] القول الثاني.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إن[٢] قضية القولين معًا في أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين.

ومن الأصحاب من قال: إن كانت جاهلة بصغره، وجبت وجهًا واحدًا، [وإلا فلا كذا قاله الغزالي.

وذكر الرافعي: وإلا فقولان. وهو موافق لرواية الإمام عن بعض المصنفين؛ فيحصل من ذلك مع إجراء كلام الغزالي على ظاهره أربعة طرق.

أما إذا كان الزوج يمكن جماعه كالمراهق فتجب النفقة وجهًا واحدًا][٣] بالعرض على وليه والتسليم إليه، وإن كان بغير إذن الولي، كما صرح به البغوي.

ولو كان الزوجان صغيرين لا يتأتى منهما الجماع، ففي وجوب النفقة - أيضًا - قولان في «الإملاء» و«الأم»، أصحهما - عند الماوردي: الوجوب، وفي «الشامل»: أن المنصوص عدمه.

وقال القاضي الحسين: إن قلنا في المسألة قبلها: لا تستحق، فهاهنا أولى، وإن قلنا تستحق، فهاهنا قولان.

قال: وإن كانت مريضة، أو رتقاء، أو كان الزوج عنينًا[٤] - **وجبت النفقة.**

أما إذا كانت مريضة أو رتقاء؛ فإنه وجد منها التسليم الممكن، ويمكن الاستمتاع بها من بعض الوجوه، مع أنها [معذورة بما يدوم فترك الإنفاق عليها مما يضر بها وتخالف الصغيرة من حيث إنها][٥] في قبضته؛ لما يلزمها من تسليم نفسها إليه، والصغيرة ممنوعة منه؛ لأنه لا يجب تسليمها إليه، كذا فرق به الماوردي.

وقال القاضي الحسين: لأن المرض عارض بعد التسليم، فلا يكون حكمه حكم العارض الموجود في أصل العقد؛ ألا ترى أن العيب الحادث بعد التسليم لا يجعل له الخيار كالعيب الموجود في أصل العقد؟!

ويظهر من الفرق الأول: أن تكون الصورة في الصغيرة كما حكيناه عن الإمام،

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: إنه.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: غنيًا.
(٥) سقط في أ.

وأن محل الكلام في المريضة إذا سلمت إلى الزوج، وهو على طريقة من يوجب تسليمها إليه، أما على طريقة من لا يوجب تسليمها - كما حكيناه في موضعه - فنفقتها تجب، وإن لم يوجد عرض، ولا تسليم، وقد صرح به مجلي وغيره.

ويظهر من الفرق الثاني أن محل الكلام في المريضة إذا حدث المرض بعد التسليم، وكلام الأئمة يشعر بأنه لا فرق بين أن يحدث بعده أو قبله، وقد صور في «التهذيب»[(١)] المسألة بما إذا سلمت نفسها وهي مريضة أو رتقاء، وألحق المفضاة بهما.

ثم هذا إذا لم يكن لها سبب في المرض، أما إذا تسببت فيه، ثم استمر - ففيه التردد المذكور في إحرامها؛ صرح به الإمام عند الكلام في نفقة المطلقات.

وأما إذا كان الزوج عنينًا[(٢)] ؛ فلما ذكرناه من قبل، والفرق بينه وبين الصغير على رأي: أنه يحصل له بها الأنس، وبعض الاستمتاع، بخلاف الصغير[(٣)] .

ولأن العلة التي اقتضت عدم إيجاب النفقة على الصغير مفقودة هاهنا.

وحكم من يلحقها بالجماع شدة ضرر: إما لصلوبة[(٤)] جسدها وضيق فرجها، وإما لعظم خلقة[(٥)] الزوج[(٦)] وغلظ ذكره - حكم الرتق في وجوب النفقة، ولا يجب عليها تمكينه.

ولو اختلفا فيما يمنع من الوطء، فادعته [المرأة][(٧)] ، وأنكره الزوج - فلها أن تبينه بشهادة النسوة، وهل يكفي فيه شهادة امرأة واحدة أو لا بد من أربع نسوة؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني.

قال: ولا تجب النفقة إلا بالتمكين التام[(٨)]؛ لأنها لا تعد مسلمة بدونه، ومعناه ما ذكرناه أولاً.

وقال الإمام: والتمكين أن تقول المستقلة، أو أهلها إن كانت محجورًا عليها: مهما أسقطت الصداق رفعنا[(٩)] إليك.

---

(١) في د: المهذب.
(٢) في أ: غنيًّا.
(٣) في د: الصغيرة.
(٤) في أ: كصولة.
(٥) في أ: حلقة.
(٦) في د: الرجل.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: إليه.
(٩) في أ: رفعناها.

وهل التمكين سبب أو شرط؟ فيه خلاف يأتي.

واحترز[(١)] الشيخ بلفظ «التمام» عما إذا قالت: أنا أسلم نفسي إليك [ليلاً دون النهار أو نهارًا دون الليل، أو: في البلد الفلاني دون غيره، أو في المنزل الفلاني - فإن النفقة لا تجب؛ بدليل أنه لم يحصل التمكين المقابل بالنفقة.

قال: **فإن كانت أمة فسلمها السيد]**[(٢)] **ليلاً ونهارًا**[(٣)]، أي إما في بيت الزوج، أو في البيت الذي بوأها إياها - إن قلنا بوجوبه - وجبت نفقتها؛ [لوجود التمكين التام كالحرة.

قال: **وإن سلمها ليلاً ولم يسلمها نهارًا لم يلزمه نفقتها]**[(٤)]؛ لقصور استمتاعه عن حالة الكمال؛ فالتحقت بالحرة إذا سلمت نفسها ليلا دون النهار، وهذا قول أبي إسحاق وجمهور الأصحاب.

قال: **وقيل: يلزمه نصف النفقة**؛ اعتبارًا بما تسلمه، وهذا قول ابن أبي هريرة.

وقال الماوردي: هو أظهر عندي، وعبر عنه بأنه يجب على الزوج عشاؤها؛ لأنه يراد لزمان الليل، وعلى السيد غداؤها؛ لأنه يراد لزمان النهار، وعليه من الكسوة ما تتدثر به ليلا، وعلى السيد منه ما تلبسه نهارًا.

وهذا الوجه قد حكي في الحرة مثله إذا سلمت نفسها في وقت دون وقت: أنها تستحق من النفقة بقدر ما سلمت، وهو ما أجاب به [أبو الفرج] .

وقيل: يلزمه جميع النفقة؛ لوجود كمال التسليم المستحق عليها بالعقد، وهذا لا يجري في الحرة؛ لأنه لم يكمل التسليم المستحق عليها.

نعم: لو كانت مستأجرة قبل العقد فقد حكى الماوردي أن الزوج لا يستحق تسليمها إلا ليلا، ويثبت له الخيار في فسخ النكاح، إن كان جاهلا بإجارتها، ولا يسقط برضا المستأجر من التمكين من الاستمتاع.

وإن كان عالمًا فلا خيار له، فإذا لم يفسخ فالذي يظهر مما ذكرناه: أن يكون حكمها حكم الأمة في جريان الوجه الثالث، ولم أره، بل المصرح به في

---

(١) في د: فاحترز.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أو نهارًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: يختار.

«التتمة» عدم الاستحقاق؛ تفريعًا على القول بأنها إذا سافرت بإذنه في حاجتها تسقط نفقتها.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي حكاية وجهين فيما إذا تزوجها وهي[(١)] صائمة، في استحقاق النفقة، وهو [نظير][(٢)] المسألة، لكنه لم يبين؛ فيجوز أن يكون أحدهما: أنها تسقط.

والآخر: استحقاق الشطر.

ويجوز أن يكون غيره؛ فلا يتحصل من ذلك المطلوب.

قال: وإن كان الزوج غائبًا، فعرضت نفسها عليه، ومضى زمان، أي: بعد العرض، لو أراد المسير فيه لكان قد وصل، أي: ولا عذر في الطريق -وجبت النفقة من حينئذ؛ لأن التقصير من جهته؛ فأشبه ما لو عرضت نفسها عليه وهو حاضر.

قال الماوردي: وهذا قول البغداديين من أصحابنا.

وعلى قول البصريين تجب نفقتها من [وقت الشروع في التسليم.

ولو أرسل وكيلا فتسلمها، وجبت النفقة من][(٣)] حين التسليم، وهذا الحكم يؤخذ من كلام الشيخ.

قال الماوردي: ونفقة السفر على الزوج.

وصورة العرض: أن تمضي إلى الحاكم، وتبذل التسليم بعد ثبوت[(٤)] الزوجية عنده، ويكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الزوج؛ ليعلمه بذلك، فإذا أعلمه فقد حصل الغرض.

وفي «الرافعي»: أن من الأصحاب من لم يتعرض للرفع إلى القاضي ولا للمكاتبة، وقال: تجب النفقة من وقت وصول الخبر إليه، وبمضي زمان إمكان القدوم عليها. وهكذا أورد صاحب «التهذيب».

ثم هذا إذا عرف مكانه، فلو غاب ولم يعرف مكانه، قال في «التتمة»: فإذا جاءت المرأة إلى الحاكم، وأظهرت الطاعة له - فالحاكم يكتب إلى حكام البلاد التي تتردد إليها القوافل من تلك البلدة في العرف والعادة حتى ينادي[(٥)] في تلك

---

(١) في أ: وهو.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: الثبوت.
(٥) في أ: يتأذى.

البلاد باسمه: فإن ظهر في بعض البلاد فالحكم كما سبق، ولو لم يظهر فرض الحاكم لها النفقة في [ماله، ولو كان له مال حاضر، وأراد الحاكم أن يصرف إليها النفقة في][١] حال غيبته - أخذ منها كفيلا بما يصرفه؛ لأنه لا يؤمن أن يظهر وفاته أو طلاقه.

قال: ولا تجب النفقة إلا يومًا بيوم؛ إذ التمكين سببها مع تقدم العقد؛ لكونها تدور معه وجودًا وعدمًا عند النشوز، والتمكين كذلك يحصل وهذا قول البغداديين من أصحابنا.

وقال البصريون: تجب بالعقد والتمكين، فجعلوا الوجوب معلقًا بالعقد وحدوث التمكين معًا. وهذا يحتمل معنيين:

أحدهما: أن كل واحد منهما جزء[٢] السبب، وهو الظاهر.

والثاني: أن السبب: العقد، والتمكين شرط، على عكس الوجه الأول، وبه صرح الماوردي عنهم وستظهر لك ثمرة هذا الاختلاف من بعد كما ظهرت من قبل.

قال: وقال في القديم: تجب، أي: نفقة مدة النكاح جميعًا بالعقد؛ كما يجب المهر به؛ ولأنها لو كانت تجب بالتمكين لما استحقتها الرتقاء والمريضة، لكنها لو نشزت سقطت[٣]؛ فيكون ضدها - وهو التمكين - شرطًا في استقرار الوجوب، وهو معنى قول الشيخ، إلا أنه لا يجب التسليم إلا بالتمكين [يومًا بيوم][٤]؛ كما أن الأجرة الحالة تجب بالعقد، ولا يستقر وجوبها إلا بالتسليم، لكن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة؛ للعلم بها، وجملة النفقة غير معلومة.

وقد صرح بالمعنى الذي ذكرناه[٥] الماوردي في كتاب الرهن؛ حيث قال: وفي القديم تجب النفقة بالعقد جملة، وتستحق قبضها بالتمكين، والجديد هو الأول، وهو الصحيح. واستدل له بأن النبي ﷺ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ [وَدَخَلَ][٦] بِهَا بَعدَ[٧] سَنَتَيْنِ[٨]، وما نقل أنه أنفق عليها قبل أن يدخل بها، ولو كان لنقل، ولو

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: جرّ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في د: عن.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: تعد
(٨) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٩) كتاب النكاح، باب: تزويج الأب البكر الصغيرة، برقم (٧١/ ١٤٢٢) =

كان حقًّا لساقه إليها، [ولما استحل أن يقيم على الامتناع من حق واجب عليه، ولكان إن أعوزه الحال يسوقه إليها][1] من بعد، أو يعلمها بحقها ثم يستحلها؛ لبراءة ذمته؛ وذلك يدل على عدم الوجوب بالعقد.

ولأن النفقة مجهولة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً، وإذا لم تجب بالعقد فتجب بالتمكين يومًا فيومًا.

وهذان القولان ادعى أبو الفرج السرخسي أنهما منقولان في «الإملاء»، وادعى الإمام وغيره أنهما مستخرجان من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - وادعى الرافعي أن من جملة ما يدل على ذلك ما حكيناه عن الماوردي أولاً.

وفيه نظر؛ لأن الماوردي صدر كلامه بأنها لا تجب بالعقد، وأن على قول البصريين تجب بالعقد والتمكين شرط، ومحال أن يجب الشيء قبل وجود شرطه.

نعم، يمكن رده إليه؛ بأن يجعل التمكين - على قول البصريين - شرطًا في التسليم، لا في نفس[2] الإيجاب؛ كما حكاه عن القديم.

واعلم أن في هذه العبارة: «أن النفقة تجب بالتمكين [أو بالعقد][3]» - تساهلًا؛ فإن الإمام قال: إن النفقة الدارة لا تجري مجرى الأعواض - على التحقيق - وإنما هي كفاية في مقابلة ارتباط المرأة بحالة الزوجية؛ فإن للزوج سلطان منعها عن التسليط، فقابل الشرع ما أثبت له من الأحكام عليها بإيجاب كفاية وظيفتها عليه، والصداق هو المذكور على صيغة الأعواض في مقابلة البضع، ثم صح عند المحققين أنه خارج عن حقائق الأعواض، وإذا كان لا ينتصب الصداق عوضًا محققًا فالنفقات لا يتحمل ثبوتها عوضًا في العقد، ولكن انقدح معنيان:

أحدهما: احتباسها[4] بالعقد على الزوج.

والآخر: تمكن الزوج من الاستمتاع.

ولم يختلف العلماء أنها لو نشزت فلا نفقة لها في زمان النشوز؛ فلما[5] لم

= عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت سبع سنين، وزفت إليه وهي بنت تسع سنين، ومات عنها وهي بنت ثماني عشرة سنة.

(١) سقط في د.
(٢) في د: نقيض.
(٣) في د: وبالعقد.
(٤) في أ: احتيامها.
(٥) في أ: فلم.

تكن النفقة عوضًا لمنافع البضع حتى يتوقف استقرارها على توفية المنافع المقابلة مقابلة الأعواض على التحقيق - قال قائلون: تجب بالعقد النفقة، ومعناه أنها تجب بالاحتباس الذي أوجبه العقد. وقال آخرون: تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، والله أعلم.

قال: فلو[(١)] **ضمن عنه نفقة مدة معلومة**، أي: في المستقبل - جاز، أي: تفريعًا على القول القديم؛ لأن في القديم يصح ضمان الدين الذي لم يجب، ولم يوجد سبب وجوبه؛ فكيف وقد وجد الوجوب؟ وعلى هذا: فلا يضمن إلا نفقة المعسرين، وإن كان الزوج موسرًا أو متوسطًا؛ لأنها المنتفية[(٢)].

وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يصح ضمان نفقة المعسرين والمتوسطين؛ لأن الظاهر استمرار حاله.

ولو ضمن النفقة مطلقًا، ولم يقيد بمدة - قال الرافعي: لم يصح ضمان ما بعد الغد، وفي ضمان الغد وجهان؛ أخذًا من الخلاف فيما إذا قال: أجرتك كل شهر بدرهم[(٣)].

قلت: وهذا لا يحسن إذا كان التفريع على القديم؛ لأن ضمان المجهول[(٤)] فيه جائز، كما تقدم.

وقد حكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي قال: لو قال الأب لولده: ضمنت لك النفقة أبدًا - فهذا ضمان مجهول. وقد أجازه كذا حكاه مجلي في الضمان.

وعلى القول الجديد: لا يصح ضمان نفقة الزمان المستقبل؛ لأنه ضمان ما لم يجب. وأشار الإمام إلى أنه على قولين، مع تفريعنا على أن ضمان ما لم يجب باطل؛ لأن سبب وجوب النفقة على تعاقب الأيام ناجز[(٥)]. وهذا ما أورده الغزالي حيث قال: وفي ضمان نفقة المرأة الغد - وكذا كل ما لم يجب ولكن جرى سبب وجوبه[(٦)] - قولان في الجديد.

قال الرافعي: «وفيه إشكال؛ لأن سبب النفقة إما النكاح أو التمكين في النكاح: إن كان الأول فالنفقة واجبة؛ فكيف قال: ولم تجب؟! وإن كان الثاني فالسبب غير موجود.

---

(١) في د: ولو.
(٢) في أ: المتبقية.
(٣) في أ: بدر.
(٤) في أ: المحمول.
(٥) في أ: تأخر.
(٦) في أ: لوجوبه.

ويجوز أن يقال في الجواب: ليس المراد من سبب الوجوب هاهنا ما [يقترن به][(١)] الوجوب؛ بل المراد منه الأمر الذي إذا وجد، استعقب الوجوب ظاهرًا عند وجود أمر آخر، ويتأيد[(٢)] ذلك بأنهم نقلوا[(٣)] قولين فيما إذا ضمن[(٤)] أرش الجناية وما يتولد منها، ومعلوم أن الجناية ليست سببًا لما يتولد منها إلا على هذا التفسير. وأما عند قولنا: سبب الوجوب النكاح أو التمكين، فنعني به: ما يقترن به الوجوب، هذا آخر كلامه في كتاب الضمان.

قلت: [و][(٥)] قد يظهر أن الخلاف الذي حكاه الإمام في الجديد يستنبط مما حكيناه عن البغداديين والبصريين في أن النفقة بماذا تجب؟ ويتفرع على القولين - الجديد والقديم - أيضًا [فوائد][(٦)] عند المراوزة:

منها: لو اختلفا في التمكين، فقالت المرأة: مكنت وسلمت نفسي من وقت كذا، وأنكر الزوج - فإن قلنا بالقول الجديد فالقول قوله، وعليها البينة، وإلا فقولها، وهو ما نسبه البغوي إلى «الإملاء».

وقد أشار الروياني إلى القطع بأن القول قوله، وهو الذي يقتضيه إيراد الشيخ على القول القديم - أيضًا - فإنه جعل التسليم شرطًا في وجوب التسليم، والقاعدة: أنه متى وجد الشك في الشرط لا يترتب الحكم، ويكون الشيخ نَبَّهَ بقوله: «إلا أنه لا يجب التسليم إلا بالتمكين يوما فيوما» إلى هذا الحكم.

ومحل الخلاف مصور في «الوجيز» و«الوسيط» بما إذا تنازعا في النشوز.

قال الرافعي: ولفظ الأكثرين كما صورناه فيه، ويجب أن يكون ما ذكره محمولاً عليه.

أما إذا توافقا على حصول التمكين، واختلفا في أنها نشزت وخرجت عن الطاعة أم لا - قال: فينبغي أن يقطع بتصديقها؛ فإن الأصل عدم النشوز، واستمرار الواجب، وهكذا ذكره القاضي ابن كج بعدما أجاب فيما إذا اختلفا في أصل التمكين بأن القول قوله. وحكى مع ذلك وجهًا ضعيفًا: أن القول -أيضًا- قوله؛ لأن الأصل براءة الذمة. هذا آخر كلامه، وما أبداه احتمالاً ونقلاً عن

---

(١) في د: يقرب منه.
(٢) في أ: وتقابد.
(٣) في أ: نقوا.
(٤) في أ: خمر.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

القاضي هو ما حكاه الإمام، [و](١) هو - أيضًا - في نكاح المشركات.

ومنها: إذا لم يطالبها بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عرضت نفسها عليه، ومضت مدة - فتجب النفقة على القديم، وأما على الجديد، فلا، وهو ما حكى الإمام عن العراقيين القطع به(٢)، وهو قضية ما ذكرناه من قبل، وبه يظهر تقوية الاحتمال، ثم قال: وليس من الممكن القطع به.

قال: وإن نشزت، أي: منعته من الاستمتاع بها في الموضع الذي أراده من غير عذر، أو سافرت بغير إذنه، أي: ولم تكن معه، أو أحرمت، أو صامت تطوعًا، أو عن نذر [في الذمة أو نذر](٣) معلق بزمان بعينه نذرته بعد النكاح بغير إذنه - سقطت نفقتها؛ لأنها تجب بالتسليم، أو تستقر به؛ فسقطت بالمنع؛ كالأجرة إذا امتنع الآجر من تسليم العين حتى مضت مدة؛ فإنه يسقط ما بإزائها.

ولأنها وجبت؛ لكونها معطلة المنافع بسبب الزوج، محبوسة عنده؛ ولهذا لو امتنع من الإنفاق عليها كان لها أن تمتنع من التمكين؛ فإذا نشزت، سقط ما يقابل التمكين.

---

(١) سقط في أ.

(٢) قوله: ولا تجب النفقة إلا يومًا بيوم.
وقال في القديم: تجب بالعقد، إلا أنه لا يجب التسليم إلا يومًا بيوم، ثم قال بعد ذلك: وللقولين فوائد عند المراوزة.
منها: لو اختلفا في التمكين فقالت المرأة: مكنت من وقت كذا، وأنكر، فإن قلنا بالجديد فالقول قوله وإلا فقولها، ومحل الخلاف مصور في الوجيز والوسيط بما إذا تنازعا في النشوز.
قال الرافعي: ولفظ الأكثرين كما صورناه، ويجب أن يكون ما ذكره محمولًا عليه.
ومنها إذا لم يطالبها بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عرضت نفسها عليه، ومضت مدة فتجب النفقة على القديم، وأما على الجديد فلا، وهو ما حكى الإمام عن العراقيين القطع به. انتهى كلامه.
وما ذكره في الفائدتين للخلاف ذهول عجيب، وتناقض ظاهر وقع للرافعي، فتبعه عليه، فإن الفائدة الأولى حاصلها: أن الإيجاب في القديم بالعقد مشروط بالتمكين، والفائدة الثانية حاصلها: أنه مشروط بعدم النشوز، وهو مناقض للأول، ثم إنه نقل الفائدتين معًا عن المراوزة وليس كذلك، ولا شك أن الأولى طريقة العراقيين، والثانية طريقة الخراسانيين، فأخذ تفريعين من طريقتين مختلفتين ذهولًا عن المدرك، فوقع فيما وقع، ويتلخص من الطريقتين ثلاثة أقوال:
أحدها: العقد وحده إلا أنه لا يستقر إلا بعدم النشوز.
والثاني: العقد بشرط التمكين.
والثالث: التمكين فقط، وفائدة الخلاف في الضمان وفيما لو حلف: لا مال له. [أ و].

(٣) سقط في أ.

ولا فرق في النشوز بين أن يكون من مكلفة أو غير مكلفة، ولا بين أن تكون حائلا أو حاملا.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن من أصحابنا من قال: إن قلنا: إن النفقة للحمل، وجبت.

والأصح خلافه؛ لأن ذلك بعد البينونة.

ولا فرق بين أن يكون في جملة اليوم، أو بعضه على الأصح.

وفي وجه: إذا وجد في أثنائه[١] توزع نفقته على زمن التمكين والنشوز فيه، كما تقدم.

فعلى هذا: لو نشزت بالليل دون النهار، أو بالعكس - استحقت الشطر، ولا نظر[٢] إلى طول أحدهما وقصر الآخر.

ولا فرق في السفر بغير الإذن بين أن يكون في حاجتها أو حاجته. نعم، لو سافرت معه من غير إذنه، عصت، واستحقت النفقة؛ قاله[٣] الرافعي في قسم الصدقات.

وألحق في «التهذيب»[٤] عصيها بسفرها[٥] بغير الإذن، ولو خرجت من منزله بغير إذنه سقطت النفقة وإن لم يوجد السفر، اللهم إلا أن يكون لزيارة أبيها أو عيادته؛ فلا تسقط، كما صرح به البغوي.

وكذا لو خرجت لإشراف المنزل على الانهدام، أو كان لغير الزوج؛ فأزعجت.

ولو عادت إلى المنزل بعد غيبة الزوج فلا تعود نفقتها -على الأصح- مالم تعرض نفسها عليه، كما تقدم.

وفيه وجه: أنها تعود بالعود، وقيده في كتاب «التهذيب» بما إذا كان الخروج في غيبته، وجزم بعدم العود فيما إذا كان الخروج في حضوره والعود في غيبته.

وقال الإمام: الذي أرى نظمه أن نشوزها إن ظهر وانتشر كان في عود النفقة بعودها إلى الطاعة الخلاف السابق، وإن جرى نشوز خفي من غير إظهار ثم فرض العود، ففي المسألة طريقان:

---

(١) في أ: اثنان.
(٢) في أ: يطرأ.
(٣) في أ: قال.
(٤) في د: المهذب.
(٥) في أ: بصغرها.

من أصحابنا من قطع بأنا لا نشترط الإعلام.

ومنهم من أجرى الخلاف.

وهذه المسألة شبيهة بما إذا تزوجت امرأة المفقود، ثم عادت إلى منزل الزوج الأول بعد فسخ نكاح الثاني، تفريعًا على الجديد، وقد حكيت فيها طريقين.

ولا فرق [في سقوط النفقة بالإحرام بغير الإذن بين أن يكون الزوج محرمًا أو غير محرم كما لا فرق][(١)] في نشوزها بخروجها من المنزل بين أن يكون الزوج حاضرًا أو مسافرًا، ولا بين أن يكون ما أحرمت به فرضًا - وقلنا: له أن يحللها منه - أو تطوعًا؛ كما تسقط نفقتها بالهروب، وإن كان قادرًا[(٢)] على الرد.

ثم المسألة مصورة في «الشامل» بما إذا خرجت مسافرة.

وفي كلام الماوردي إشارة إليه أيضًا، والمراوزة قالوا: إن أحرمت بفرض، وقلنا: له أن يحللها على الأصح، أو كان تطوعًا - فإن له أن يحللها وجهًا واحدًا، فإذا لم يحللها فلها النفقة: ما لم تخرج - على الأصح - فإذا خرجت: فإن كان - أيضا - بغير إذنه فلا نفقة، وان كان بإذنه: فإن سافر معها لم تسقط -على الأصح - وإن لم يكن معها فقولان.

واشترط القفال في وجوب النفقة ألا ينهاها عن الخروج.

وإن قلنا: إنه ليس له أن يحللها، سقطت نفقتها [بمجرد الإحرام على الأصح بخلاف ما إذا أحرمت بإذنه فإنها لا تسقط][(٣)] بمجرده - على الأصح - ولا إذا خرجت[(٤)] على وجه، وفيه وجه: أنها لا تسقط ما لم تخرج.

قال الرافعي: وقد حكي وجه أو قول مطلق: أن الإحرام لا يؤثر في النفقة؛ لأنها تسقط فرضًا عن نفسها.

وفي صوم[(٥)] التطوع وجه محكي في «المهذب» وغيره: أنه[(٦)] لا يسقط النفقة.

وقال الماوردي: إن لم يدعها إلى الخروج منه بالاستمتاع فهي على حقها، وإن دعاها، فأبت، كانت ناشزة وسقطت نفقتها؛ إن كان ذلك في أول النهار، وإن كان في آخره فلا؛ لقرب الزمان والتحاقه بزمان الأكل والشرب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عاذرًا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: أحرمت.
(٥) في أ: ضوء.
(٦) في أ: أنها.

ويفهم من كلامه: أنه لو دعاها إلى الخروج لغير الاستمتاع، فلم تفعل -كانت على حقها؛ وهذا وجه حكاه في «العدة» ثالثًا.

قال الرافعي: وقد استحسن الروياني هذا التفصيل، والأكثرون سكتوا عنه(١).

ولا فرق في الصوم عن نذر(٢) في الذمة بين أن تكون نذرته قبل النكاح، أو بعده؛ لكونه غير واجب على الفور، وحق الزوج واجب على الفور؛ فأشبه الحج. وألحقه الماوردي بصوم الكفارة، والحكم فيه عنده: أنها إن دخلت فيه بعد أن نهاها سقطت نفقتها، وإن لم يمنعها منه حتى دخلت فيه - ففي [إجبارها على الخروج منه](٣) وجهان:

أحدهما: [له](٤) ذلك، فإن أقامت سقطت نفقتها.

والثاني: لا.

فعلى هذا ينظر:

إن كان التتابع فيه مستحقًّا سقطت نفقتها، وإلا ففي سقوط النفقة وجهان:

أحدهما: لا تجب كالتتابع(٥).

والثاني: تجب(٦).

وهما مأخوذان من اختلاف وجهي أصحابنا في وجوب نفقة الأمة إذا سلمت ليلا ومنعت نهارًا: تجب نفقتها أو لا؟ على وجهين.

هذا آخر كلامه، ومتقضى هذا التخريج أن يجيء وجه آخر: أنها تستحق شطر النفقة

---

(١) قوله: وإذا صامت تطوعًا؛ سقطت نفقتها.
وقيل: لا، ثم قال: وقال الماوردي: إن لم يَدْعها إلى الخروج منه بالاستمتاع؛ فهي على حقها، وإن دعاها فامتنعت - كانت ناشزة إن كان ذلك في أول النهار، وإن كان في آخره فلا؛ لقرب الزمان.
ويفهم من كلامه أنه لو دعاها إلى الخروج لغير الاستمتاع فلم تفعل؛ كانت على حقها، وهذا وجه حكاه في العدة ثالثًا.
قال الرافعي: وقد استحسن الروياني هذا التفصيل، والأكثرون سكتوا عنه. انتهى كلامه.
والتفصيل الذي نقل الرافعي استحسانه عن الروياني إنما هو الأول، وهو التفصيل بين أول النهار وآخره لا الثاني، وهو التفصيل بين الأكل والاستمتاع، فاعلمه، فإنه عكس ما يقتضيه كلام المصنف على أن الثاني أيضًا تفصيل حسن. [أ و].

(٢) في أ: على نذر.
(٣) في أ: إخبارها.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: كالمتتابع.
(٦) في د: نعم.

كما حكيناه في الأمة، وطرده في «التهذيب» في كل صوم قلنا: إنه يسقط النفقة.

والصوم عن نذر تعلق بزمان بعينه بعد النكاح، له منعها منه؛ لأنه استحق الاستمتاع بها في وقته قبل لزومه، فقدم؛ لسبقه، فإن دخلت فيه سقطت نفقتها، وإن كان بإذنه، فليس له ذلك، وعليه النفقة.

ونقل إبراهيم المروروذي فيه وجهين، سواء نذرته قبل النكاح أو بعده.

[ولو][(١)] كان الصوم الذي شرعت فيه قضاء شيء من شهر رمضان، فإن لم يبق من شعبان إلا قدر ما عليها [لم يكن له منعها، وكانت على حقها من النفقة كصومها في رمضان، وإن كان أكثر من ذلك و][(٢)] لم تكن متعدية في الإفطار - فله منعها. وإن دخلت فيه ففي جواز إجبارها على الفطر وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في إجبارها على إحلالها من الحج، فإن قلنا: له التحليل -فامتنعت- سقطت نفقتها.

وفي «الشامل» حكاية وجه في كل صوم قلنا: إن له أن يمنعها منه، فلم تفطر - أن نفقتها لا تسقط، كما هو محكي في صوم التطوع.

وإن قلنا: ليس له، ففي وجوب النفقة [وجهان:

أحدهما:][(٣)] لا كالحج.

والثاني: نعم.

والفرق من وجهين:

أحدهما: قرب زمان الصوم، وقدرته على الاستمتاع بها في ليله.

والثاني: أنها مقيمة في منزله، بخلاف الحج؛ فإنها خارجة منه.

وحكى الغزالي وغيره الخلاف في جواز المنع من المبادرة.

وإن كانت متعدية بالإفطار[(٤)] فالقضاء يجب على الفور، وهل تسقط نفقتها؟ فيه وجهان، المذكور منهما في «التهذيب»: عدم السقوط، وفي «التتمة»: السقوط.

فرعان:

[أحدهما:][(٥)] لو اعتكفت تطوعًا، أو عن نذر في الذمة، أو زمانًا [عينته بنذرها][(٦)] بعد النكاح بغير إذنه: فإن كان في مسجد بيتها، وجوزناه - لم تسقط

---

(١) في أ: فلو.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: أخذ.
(٤) في أ: بالأفطاء.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: عينه نذرها.

نفقتها، وإن كان في المسجد سقطت.

وإن كان عن نذر متقدم على النكاح، فلا منع منه، ولا تسقط النفقة، ولو كان بإذنه: فإن كان معها فنفقتها مستمرة، وإلا فقولان [يأتي][1] مثلهما في السفر في حاجتها.

وفي كتاب ابن كج [وجه][2]: أنه إن قصرت[3] مدته بأن لم يزد على يوم، لم يؤثر، وإذا قلنا بسقوط النفقة فالساقط[4] جميعها؛ كما في الإحرام، قاله الجيلي.

الثاني: إذا شرعت في الصلاة، فإن كانت صلاة فرض فليس له أن يحللها، وإن كانت قضاء، أو في أول الوقت، وإن جاز تأخيرها بخلاف فرض الحج.

والفرق: أن تعجيل الصلاة لأول وقتها فضيلة تتعلق بالوقت؛ فلم يكن له تفويتها عليها، وتعجيل الحج احتياطًا لا يختص بفضيلة تفوت؛ فافترقا.

وهل له منعها من الدخول فيها في أول الوقت؟ فيه وجهان، والأصح لا.

وليس له منعها من الشروع في قضاء الصلاة مطلقًا، ولكن لو أرادت أن تحرم بها، وأراد الاستمتاع، فمن المقدم منهما؟ فيه وجهان.

اختيار الشيخ أبي حامد منهما: الزوج.

واختيار الماوردي: الزوجة.

ولو كانت الصلاة نفلاً؛ نظر:

فإن كانت من الرواتب التابعة للفرائض والضحى فليس له منعها ولا تحليلها.

وفيه وجه: أن له المنع من الاستدامة.

وصوم يوم عرفة وعاشوراء في الصيام ملحق بهذه الرواتب في الصلوات.

وإن كانت من الرواتب التي شرع لها الجماعة: كالعيدين والكسوفين والاستسقاء - فله منعها من الخروج من منزله، وليس له منعها [من فعل ذلك في البيت، وإن كانت لا سبب لها فله منعها][5] إذا دعاها إلى الاستمتاع، وله قطعها بعد الدخول، فإن امتنعت، فهل تسقط نفقتها؟ يتجه أن يخرَّج[6] على الوجهين في صوم التطوع.

ويمكن أن يفرق بينهما بقصر المدة، كما تقدم.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: تقرب.
(٤) في أ: فساقط.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: تخرج.

وصوم يوم الإثنين والخميس في الصيام ملحق بالنوافل غير الراتبة من الصلوات.

قال: وإن سافرت بإذنه، أي: في حاجتها من حج أو غيره، ولم يكن معها - ففيه قولان:

أحدهما : أنها لا تسقط؛ لأنها سافرت بالإذن؛ فأشبه ما إذا سافرت في حاجته، فإنه لا نزاع في وجوب النفقة، وهذا أظهر عند الماوردي -على ما حكاه- فيما إذا أحرمت بإذنه، ولم يسافر معها، وذكر هو وغيره أنه ظاهر النص هنا.

وأظهرهما[(١)] **عند أكثر الأصحاب**: أنها تسقط؛ لأنها غير ممكنة، وبه قطع بعضهم، وحمل النص على ما إذا سافر معها، وهو متفق فيه على الوجوب.

قال الرافعي: وقد يبنى القولان على أن النفقة تجب بالعقد أو التمكين؟ إن قلنا بالأول وجبت؛ لأنه لا نشوز، وإن قلنا بالثاني لم تجب.

قلت: وما قاله متجه على طريقة المراوزة، أما على طريقة الشيخ، فلا.

ويجري القولان، على ما حكاه المتولي فيما إذا أجرت نفسها بإذن[(٢)].

قال: وإن أسلم الزوج وهي في العدة، أي: شرعت فيها بإسلامه؛ لكونها غير كتابية ومدخولاً بها - لم تجب لها النفقة؛ لأنها ناشزة بالتخلف ممتنعة من التمكين.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه في الوجوب؛ وهذا إذا أخرت إلى[(٣)] انقضاء العدة.

قال: وإن أسلمت أي: في العدة؛ ففيه قولان:

أصحهما : [أنها][(٤)] لا تستحق لما مضى، وهو الجديد؛ كما لو سافر الزوج، وأراد مسافرتها، فتخلفت، ثم عادت إلى الطاعة؛ فإنها لا تستحق لما مضى شيئًا.

والثاني -وهو القديم- : أنها تستحق؛ لأنها ما أحدثت شيئًا، والزوج هو الذي بدَّل الدين؛ فحصل بإسلامه تشعث[(٥)] في العقد وخلل، وقد زال بإسلامها، واستقرت له الزوجية؛ فاستحقت النفقة.

---

(١) في أ: وأظهر.
(٢) في أ: وبه.
(٣) في أ: على.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: تشعب.

فعلى الجديد: لو اختلفا: فقال الزوج: أسلمت من عشرة أيام، وقالت: بل من شهر - فالقول قوله مع يمينه.

وكذا على القديم لو قالت أسلمت في العدة، وقال بل بعدها فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق.

ولو أسلمت المرأة أولاً، وتخلف الزوج - وجبت النفقة، سواء أخر[1] إلى انقضاء العدة أو أسلم فيها؛ لأنها أدت فرضًا مضيقًا؛ فلم تسقط نفقتها به كصوم رمضان.

ولأنه متمكن من رفع هذا المانع بإسلامه؛ فكان عليه النفقة كما في الطلاق الرجعي.

وحكى ابن خيران وصاحب «الإفصاح» وغيرهما وجهًا: أنه لا نفقة لها في مدة التخلف إذا أسلم في العدة؛ لأنه استمر على دينه، وهي التي أحدثت المانع من الاستمتاع.

وإذا جرى هذا الوجه، وقد عاد إلى الإسلام في العدة - فلأن يجري إذا لم يعد كان أولى؛ لأنا نتبين - إذن - أن النكاح قد زال من حين الإسلام.

وإطلاق الشيخ في «المهذب» يقتضي جريانه فيها، وقد صرح به الإمام ورجحه، وضعف مقابله، وهو الذي رجحه الأكثرون، والمنصوص في «المختصر».

قال في «التتمة»: ويخالف ما إذا سبقت إلى الإسلام قبل الدخول؛ حيث يسقط المهر، وإن أحسنت؛ لأن المهر عوض العقد، والعوض يسقط بتفويت [العاقد][2] مدة المعقود عليه، وإن كان معذورًا؛ كما لو باع طعامًا، ثم أكله وهو مضطر إليه، والنفقة في مقابلة التمكين، وإنما تسقط عند التعدي ولا تعدي.

واعلم أن الشيخ لم يتعرض لذكر هذه المسألة؛ لأنه في معرض بيان ما يسقط النفقة بعد وجود سبب وجوبها، والنفقة لا تسقط فيها؛ فلذلك لم يذكرها.

فرع: على المذهب: لو اختلفا في سبق الإسلام؛ فقال الزوج: أسلمت أولاً؛ فلا نفقة لك، وقالت: بل بعدي؛ فلي النفقة - فمن القول قوله؟ فيه وجهان: أشبههما وهو المذكور في «التهذيب»، والمحكي عن ابن أبي هريرة: أنه الزوجة مع يمينها؛ لأن النفقة كانت واجبة عليه وهو يدعي السقوط؛ فأشبه ما لو ادعى عليها أنها نشزت وأنكرت.

---

(١) في د: أجر.

(٢) في أ: العقد.

قال: وإن ارتدت - أي: بعد الدخول - سقطت نقفتها - أي: في زمن العدة - لإساءتها ونشوزها، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة، فقد قيل: لا تستحق؛ كما لو نشزت ثم عادت إلى الطاعة، وهذا ما أجاب به القاضي الحسين.

وقيل: على قولين-كالمسألة قبلها- لأنها على شرك تحرم[١] به، وهو مسلم؛ فهو كما لو أسلم وتحته وثنية؛ هكذا عللها البندنيجي، وادعى ابن الصباغ أن هذه الطريقة أقيس.

والفرق على الطريق الأول، وهو الذي أجاب به الماوردي أيضًا، ونفيا مجيء خلافه: أنها ثم[٢] أقامت على دينها، ولم تحدث شيئًا يقتضي المنع، وهاهنا أحدثت الردة، وهي تقتضي المنع؛ فغلظ عليها.

ولا نزاع في أنها تستحق النفقة من حين عودها إلى الإسلام وإن[٣] كان الزوج غائبًا، [وكذا إن كانت وثنية وأسلمت والزوج غائب][٤]. ويخالف ما إذا نشزت، ثم غاب الزوج، ثم عادت؛ فإن النفقة لا تعود حتى تعود إلى يده أو يد وكيله، أو يرسل إليه الحاكم - كما ذكرنا - لأن النفقة هاهنا سقطت بالكفر، وقد زال[٥] بالإسلام، وثم سقطت بالامتناع والخروج عن اليد؛ فلم تعد إلا بالتسليم، هذا مذهب العراقيين.

وفي «النهاية»: أن أئمة المراوزة لم يفصلوا بين أن يكون سقوط النفقة بالخروج من مسكن النكاح أو غيره.

ولو ارتد الزوج فعليه النفقة في مدة العدة.

وإن ارتدا [معًا][٦]، قال في «التهذيب»: هو كما لو ارتدت المرأة.

قال الرافعي: ويشبه أن يجيء فيه خلاف؛ كما لو ارتدا معًا قبل الدخول:

ففي وجه: يسقط نصف المهر.

وفي وجه: لا يجب؛ كما لو ارتدت هي.

وإن طلقها طلقة رجعية وجبت لها النفقة والسكنى؛ لما روى الدارقطني عن فاطمة بنت قيس في حديث طويل، وقد طلقها زوجها ثلاثًا أنها قالت: فأتيت

---

(١) في أ: منزل تحريم.
(٢) في د: ممن.
(٣) في أ: فإن.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: زالت.
(٦) سقط في أ.

رسول الله ﷺ فلم يجعل لي سكنى، ولا نفقة، وقال: «إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِمَنْ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ»[١] وخرجه النسائي أيضًا.

ولأن الزوجية[٢] باقية، والتمكين من جهتها[٣] مستمر، وإنما المنع من جهته، وهو قادر على الإزالة.

قال الماوردي: وهذا إجماع.

قال الرافعي: ويجب لها مع النفقة والسكنى سائر المؤنات المختصة بالزوجات، إلا آلة التنظيف[٤]؛ فإن الزوج ممتنع عنها. قاله في «البسيط» وغيره.

فروع: لو ظهر بها بعد انقضاء الأقراء أمارات الحمل، فعلى الزوج الإنفاق عليها، قال الماوردي: يومًا بيوم وجهًا واحدًا.

فإذا أنفق، ثم بان أنه لم يكن حملا[٥]؛ فله استرداد ما زاد على مدة الأقراء، ويرجع إليها في الأقراء إذا ادعت جريانها على مقتضى عادتها، وكذا إن ادعت نقصانًا عن عادتها، وإن ادعت تباعد حيضها فكذلك على المذهب.

ونقل القاضيان أبو الطيب وابن كج أنها لا نفقه لها، وله الرجعة وعليها العدة على وجه، ولا يختص بهذه الصورة، بل يجري فيما لو ادعت ذلك ولا حمل أصلا.

فإن قالت: لا أعلم متى انقضت الأقراء، رجعنا إلى عادتها المضبوطة في الطهر والحيض، فإن ادعت اختلافها رجعنا إلى أقل عادة، ورجع الزوج فيما زاد.

وإن قالت: نسيت عادتي، رجع بنفقة ما زاد على ثلاثة أشهر على النص، وقال الشيخ أبو حامد: يبنى الأمر على أقل ما يمكن انقضاء العدة به، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي والماوردي.

قال الرافعي: وهو قريب من الخلاف في مدة المبتدأة.

ولو وضعت ولدًا لا يلحق الزوج، فإن ادعت أنه من زوج يلحقه بعد انقضاء العدة، أو من وطء شبهة فعليها رد ما زاد على مدة الأقراء، وإن ادعت أنه جرى

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ١٤٤) كتاب الطلاق، باب: الرخصة في ذلك، والدارقطني (٤/ ٢٢، ٢٣) كتاب الطلاق.

(٢) في أ: الزوجة.

(٣) في د: جهته.

(٤) في د: التنظف.

(٥) في د: حمل.

في أثناء الأقراء فعليها بعد الوضع أن تتم عدة المطلق، وعليه النفقة فيها، وأما ما في مدة الحمل فقد جزم الماوردي بأنه يسترجع[١] ما زاد على مدة [الأقراء][٢].

وغيره بنى ذلك على أنه هل له الرجعة فيها أم لا؟ فإن قلنا: لا رجعة له، فلا نفقة، وإن قلنا: له، فوجهان، وهذا أظهر.

وقيل[٣]: إن قلنا له الرجعة، وجبت، وإلا فوجهان، والظاهر أنه لا نفقة لها؛ فيسترجع ما أخذته بإزاء ذلك.

والحكم فيما ادعت أن وطء الزوج الثاني أو الأجنبي عقيب طلاق الأول كذلك؛ فتعتد عن الزوج بعد الوضع بثلاثة أقراء، ويجب عليه نفقتها فيها، وله الرجعة فيها إن صدقها، وإلا فلا رجعة له.

وأما نفقة مدة الحمل فيسترجعها على رأي الماوردي وعلى رأي غيره يظهر أن يجيء فيه ما ذكر في الصورة قبلها.

ولو أشكل الحال في وقت وطء الثاني، فالحكم كما في المسألة قبلها إلا في ثبوت الرجعة، صرح به الماوردي.

وإن قالت: وطئني الزوج الأول، فإن صدقها، لحق به الولد، وانقضت به العدة، وأما النفقة فتستحقها في مدة الأقراء، وفي مدة الحمل قولان؛ لأنه من وطء شبهة. وإن أكذبها[٤] فهو المصدق بيمينه، ولا يلحق به الولد، ولا تنقضي به العدة على الظاهر من المذهب، وهو قول جمهور أصحابنا، خلافًا للشيخ أبي حامد في انقضاء العدة.

وعلى القولين تسأل عن وطئه: فإن[٥] قالت: بعد مضي الأقراء، استرد ما أنفقه بعد انقضائها، وإن قالت: عقيب الطلاق، وأمكن أن يكون الولد[٦] من ذلك الوطء - فقد بان أنها ما مضت[٧] عدتها؛ فترد ما أخذت، وتعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء، ولها النفقة فيها، كذا ذكره ابن الصباغ وغيره.

قال الرافعي: وإنما يستمر ذلك على قولنا: إن العدتين المختلفتين من شخص واحد لا تتداخلان.

---

(١) في أ: يرجع.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: قيد.
(٤) في أ: كذبها.
(٥) في د: وإن.
(٦) في أ: الوالد.
(٧) في د: قضت.

وفي «الحاوي»: أنها لا تستحق النفقة -أيضًا- في زمن الأقراء بعد الوضع؛ لإقرارها[(١)] بانقضاء العدة بالولادة، والرجعة له فيها أيضًا؛ لإكذابها فيما ادعته.

[فرع] آخر: إذا وطئت المطلقة طلاقًا رجعيًّا بشبهة، وظهر بها حمل يمكن أن يكون منهما[(٢)] - وجب [الإنفاق][(٣)] عليهما[(٤)] إن قلنا: إن النفقة للحمل، ويجب التعجيل.

وإن قلنا: للحامل، فلا تجب على الزوج؛ لاحتمال أن يكون من الواطئ؛ [فلا تكون في عدته][(٥)]، ولا على الواطئ؛ لأنه لا يجب عليه النفقة لو تحقق أنه منه، فكيف مع الشك؟

وإذا وضعته وأتمت الأقراء، قال الماوردي وابن الصباغ: يؤاخذ الزوج بنفقة أقصر المدتين؛ لاستحقاقها يقينًا، فإن كانت مدة الحمل أقصر أخذ بنفقتها في مدة حملها، وإن كانت مدة الأقراء أقصر أخذ بنفقة الباقي منها، ثم يراعى حال الحمل بعد الولادة كما سنذكره من بعد.

وإن قلنا: للحمل ولا يجب التعجيل، فيكون الحكم في الحال كما إذا قلنا: إنها للحامل. ولا يخفى ما يترتب على ذلك من بعد.

فإذا وضعت: فإن ألحق بالزوج وجب عليه نفقة ما مضى. وإن ألحقوه بالواطئ لزمه نفقة ما مضى، وتعتد عن الزوج بالأقراء، ويجب عليه نفقتها في الأقراء، وهل تجب في مدة النفاس؟ فيه وجهان.

وإذا لم يلحقه القائف بواحد منهما فيجب لها على الزوج أقل الأمرين من نفقة الحمل أو نفقة الأقراء، ونفقة الولد عليهما نصفين، فإذا انتسب إلى الزوج، وكانت نفقة مدة الحمل أكثر - [رجعت عليه][(٦)] بما بقي منها، وإلا فلا شيء لها.

وأما رجوع أحدهما على الآخر: فإن كان الذي لم يلحقه نسبه يدعي نسبه، لم يرجع على الآخر. وإن كان لا يدعي ذلك، فإن أنفق بقول الحاكم رجع وإلا لم يرجع.

وهكذا الحكم فيما إذا أنفقا في حال الحمل. كذا قاله ابن الصباغ في العدد.

وقال الماوردي: إذا أنفق بغير إذن الحاكم: إن شرط الرجوع في حال الإنفاق

---

(١) في أ: لإقرائها.
(٢) في د: منها.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: عليها.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: رجحت.

رجع وإن لم يشترط لم يرجع.

وحكى عن ابن أبي هريرة وجهًا: أنه يرجع بها؛ لأن بحملها[١] من الاشتباه قد كان واجبًا عليه؛ فاستوى في الرجوع بها حكم الحاكم وعدمه. أما لو لم يظهر بها حمل فلا نفقة على الزوج إن تأخر اعتدادها[٢] عنه، وقلنا: لا رجعة له.

وإن قلنا: له الرجعة، فوجهان، [كذا قال في كتاب التهذيب][٣].

[فرع] آخر: لو اختلفا: فقالت: وضعت قبل الطلاق؛ فلي النفقة، وقال: بل بعده؛ فلا نفقة لك - فالقول قولها، وليس له الرجعة.

ولو قالت: وضعت بعد الطلاق، وقال: بل قبله - فله الرجعة، ولا نفقة لها في العدة.

قال: وإن طلقها طلاقًا بائنًا - أي: بعد الدخول - إما على عوض، أو تمام ما يملكه[٤] من العَدَد - وجبت لها السكنى، أي: حائلاً كانت [أو][٥] حاملاً؛ لما تقدم في باب العدد، وأما كون رسول الله ﷺ لم يجعل[٦] لفاطمة سكنى، فقد أجاب عنه سعيد بن المسيب حين قال له ميمون بن مهران: فاطمة بنت قيس طلقت؛ فخرجت من بيتها-: تلك امرأة فتنت[٧] الناس؛ إنها كانت لَسِنَة؛ فوضعت في بيت ابن أم مكتوم الأعمى»[٨] على ما رواه أبو داود.

قال: وأما النفقة: فإن كانت حائلاً لم تجب؛ لأن الله -تعالى- لما جعلها لها إذا كانت حاملاً دل على سقوطها بعدم الحمل، ولحديث فاطمة.

وقد روى مسلم - أيضًا - «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سُكْنَى، وَلَا نَفَقَةً»[٩].

ولأن زوجيتها زالت؛ فلا تستحق النفقة بعد زوالها كالمتوفى عنها.

فرع: لو ادعت المرأة أن الزوج أبانها وأنكر - فالقول قوله، ولا تستحق عليه

---

(١) في د: تحملها.
(٢) في د: باعتدادها.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يملك.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: جعل.
(٧) في أ: فثبت.
(٨) أخرجه أبو داود (١/ ٦٩٩) كتاب الطلاق، باب: من أنكر ذلك على فاطمة بنت قيس، برقم (٢٢٩٦).
(٩) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤، ١١١٥) كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، برقم (٣٧/ ١٤٨٠).

نفقة؛ قاله الرافعي في القسم والنشوز أصلاً مقيسًا عليه[(١)].

قال: وإن كانت حاملاً وجبت؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ولما روى أبو داود، عن فاطمة أنها قالت: فأتيت رسول الله ﷺ فقال: «لا نَفَقَةَ لَكِ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا»[(٢)].

ثم محل وجوبها عند توافقهما على الحمل، أو شهادة أربع نسوة - عند إنكاره - فإن لم يكن ثَم من يشهد فالقول قوله مع يمينه.

وتجوز الشهادة بالحمل وإن كان لدون ستة أشهر إذا عرفنا ذلك، وفيه وجه: أنه لا يعتمد على قوله إلا بعد مضي ستة أشهر، ووجه حكاه القاضي الحسين: أنها تعتبر بعد مضي أربعة أشهر.

قال: ولمن تجب؟ فيه قولان:

أحدهما: لها - أي: بسبب الحمل - لأنها تجب على المعسر، وتختلف بيسار الزوج وإعساره، ومقدرة لا بالكفاية، وذلك من شأن نفقات[(٣)] الزوجات، دون الأقارب.

ولأنها لو كانت للحمل لما وجبت على الأب إذا ملك الحمل مالاً من وصية أو ميراث، وفي إجماعهم على أنها على الأب دليل على أنها تجب للحامل دون الحمل.

ولأنها لو كانت للحمل، لوجبت على الجد، عند إعسار الأب، وهي لا تجب، كذا ذكر الماوردي التوجيه الثاني والثالث، وفيهما شيء سأذكره من بعد - إن شاء الله تعالى.

---

(١) قوله: فرع: لو ادعت المرأة أن الزوج أبانها وأنكر، فالقول قوله، ولا تستحق عليه النفقة، قاله الرافعي في القسم والنشوز أصلًا مقاسًا عليه. انتهى كلامه.
وهذه المسألة مقيدة بما إذا لم تمكن الزوجة من نفسها، فأما إذا عادت ومكنت فإنها تستحق، فقد قال الشافعي في الأم: لو ادعت عليه أنه طلقها.
وفي السكنى قولان أصحهما عند العراقيين وغيرهم: الوجوب، ثم قال ما نصه: ومحل الكلام في المسألة إذا لم يتقدم الموت طلاق، أما إذا تقدمه طلاق بائن فلا نزاع في وجوب السكنى. انتهى كلامه.
وما ادعاه من عدم النزاع ليس كذلك، فقد قال الرافعي قبيل الاستبراء بقليل: إن في كلام ابن الحداد ما يقتضي إجراء الخلاف فيه. [أ و].

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٩٧) كتاب الطلاق، باب: في نفقة المبتوتة، برقم (٢٢٩٠).

(٣) في أ: نفقة.

وهذا القول هو الصحيح، والمنصوص عليه في «الأم» واختاره[(١)] المزني.

قال: والثاني: **للحمل** - أي: وصرفت لها - لأن غذاءه بغذائها، وإنما قلنا ذلك؛ لأنها لما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دلت على وجوبها له دون أمه.

ولأن النفقة لما وجبت له بعد انفصاله، وجبت في حال اتصاله؛ لتحفظ بها حياته في الحالين، بل هو في حال الاتصال أضعف.

ولأن نفقة المرضعة لما وجب للمرضع دونها، وإن[(٢)] تقدرت بكفايتها - كانت نفقة الحامل بمثابتها[(٣)] تجب للحمل دونها، وتتقدر بكفايتها دونه، كذا قاله الماوردي.

وهذا القول منقول في «الإملاء»، وربما نسب إلى التقديم. ويتفرع على القولين مسائل نذكرها، إن شاء الله تعالى.

قال: **ولا تجب إلا على من تجب عليه نفقة الولد،** أي: على القول الثاني؛ لأنه ولده.

فإن [كان][(٤)] المطلق عبدًا أو حرًّا - والولد[(٥)] رقيق - فلا تجب عليه.

وتجب عليه على القول الأول؛ لأن نفقة القريب مواساة، وليس من أهل المواساة، ونفقة الزوجة معاوضة في الأصل، والعبد من أهل المعاوضات.

وقد استشكل الإمام قول الوجوب؛ لأنا وإن قلنا: إنها لها، فهي بسبب الحمل؛ فكان ينبغي ألا تجب كما في اللعان.

ثم أجاب عن ذلك باتباع ظاهر نص الكتاب في المطلقات؛ لأنه لا تفرقة [فيهن بين أن يكون الزوج حرًّا أو عبدًا، ولا][(٦)] بين أن تكون الزوجة حرة أو أمة.

قال: **وهل يدفع إليها يومًا بيوم، أو لا يجب شيء منها حتى تضع؟ فيه قولان** - أي: سواء قلنا: إنها لها أو للحمل كما صرح به في «المهذب» والبندنيجي وغيرهما:

أحدهما - **وهو الصحيح**-: الأول؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

ووجه الثاني: أن الأصل براءة الذمة عن النفقة، وقد انقطع عصام النفقة، ولم نستيقن سببًا[(٧)] متجددًا.

---

(١) في د: واختار.
(٢) في أ: فإن.
(٣) في أ: عنايتها.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الوالد.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: شيئًا.

وبعضهم بناه على أن الحمل هل يعرف أم لا؟ والصحيح أنه يعرف؛ بدليل رد الجارية المبيعة به، وتحريم وطء المسبية حتى تضع، ولا تؤخذ الحامل في الزكاة، وتجب الخلفة[١] في الدية، ولا يقام الحد على حامل.

ومن الأصحاب من قال: القولان على اختلاف حالين: فالأول محمول على ما إذا تبين الظهور، والثاني: على ما إذا لم يتبين، بل ظهر أدنى ظهور؛ قاله الجيلي.

التفريع:

إن قلنا بالأول، فدفع، ثم بان أن لا حمل - رجع.

وعلى الثاني إن كان الإنفاق بإذن الحاكم، أو صرح عند الدفع بأنها نفقتها إن كانت حاملا، وأنه يرجع عليها إن لم تكن حاملا - رجع، وإن فقد ذلك لم يرجع.

وإن صرح بأنها نفقة، ولم يشترط الرجوع عند ظهور أن لا حمل - فوجهان، أصحهما في «الحاوي» وغيره: أنه يرجع.

ولو لم ينفق عليها حتى وضعت الحمل، أو لم ينفق في بعض المدة: فإن قلنا بالثاني لم تسقط نفقة ما مضى، وإن قلنا بالأول فمنهم من قال: إن قلنا: إن النفقة للحامل فكذلك، وإن قلنا: للحمل، فتسقط؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان؛ وهذا ما أورده المتولي، والغزالي. ومنهم من قطع بعدم السقوط وإن قلنا: إنها للحمل، وعلى ذلك جرى البندنيجي؛ لأن المرأة مستحقة لها، وانتفاعها بها أكثر من انتفاع الحمل؛ فكانت كنفقة الزوجة، وهذا هو الظاهر، والذي عليه الجمهور.

وحكى الإمام الوجهين عند الكلام في سقوط نفقة القريب بمضي الزمان.

قال: وإن لاعنها ونفى[٢] حملها، وجب لها السكنى؛ لأنها معتدة عن فرقة نكاح في حال الحياة؛ فأشبهت المطلقة.

وحكى القاضي أبو الطيب وجهًا: أنها لا تجب؛ لأنها إنما تجب [التحصين][٣] الماء، والولد منتف عنه.

قال: دون النفقة؛ [لأن النفقة في حال][٤] البينونة إنما تجب بسبب الحمل أو

---

(١) في أ: الخلقة.
(٢) في أ: ففي.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: في.

له، وهو منتف عنه؛ فأشبهت الحائل.

وفي تعليق القاضي الحسين حكاية وجه: أنها تجب إذا قلنا: إنها للحامل.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون اللعان في حال الزوجية [أو بعد البينونة إلا في استحقاق السكنى فإن القاضي أبا الطيب قال: إن قلنا: إنها حال الزوجية][١]، ففي حال البينونة يحتمل وجهين، فإذا لم نجوزه إلا بعد الوضع، فحكمها كما تقدم إلى الوضع، فإذا لاعن استرد النفقة، ولو أكذب نفسه بعد اللعان، رجعت عليه بالنفقة في زمن العدة، كذا صرح به الماوردي وغيره.

وبعضهم قال: إن هذا بناء على أن النفقة للحامل، أما إذا قلنا: إنها للحمل، فلا ترجع.

ولو أكذب نفسه [بعد][٢] ما أرضعته، رجعت عليه بأجرة الرضاع، نص عليه في «الأم»، وفيه وجه.

وإن أنفقت عليه مدة، ثم رجع، رجعت عليه بما أنفقت؛ لأنها أنفقت عليه على ظن أنه واجب عليها، لا على سبيل التبرع، فإذا بان خلافه ثبت الرجوع، وشبه ذلك بما إذا ظن أن عليه دينًا، فقضاه، ثم تبين خلافه رجع.

أما إذا لاعنها ولم ينف حملها، فهي كالمطلقة ثلاثًا في استحقاق السكنى والنفقة، وهذا هو الصحيح.

وقد حكى الغزالي: أن فرقة اللعان تنسب[٣] إليها - على رأي - فتكون في استحقاقها السكنى والنفقة كما سنذكره فيما إذا انفسخ النكاح بسبب من جهتها.

ولا يخفى على الطريقة [المرجحة][٤] أن اللعان من قبيل العوارض، والفراق به ليس مستندًا إلى حالة العقد.

قال: ومن وطئ امرأة بشبهة، أي: سواء كانت شبهة نكاح فاسد أو غيره، وحملت منه - لم تجب لها السكنى؛ لأنها لا تستحقها في حال الاجتماع؛ فأولى ألا تستحقها بعد التفريق.

وحكى الماوردي أنه قيل: [إن][٥] لها السكنى أيضًا، إذا [قلنا][٦]:

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: يتسبب.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

[إنها][1] تستحق[2] النفقة، وذكره فيما إذا كانت الشبهة في نكاح فاسد.

قال: وفي النفقة قولان، أي: ينبنيان على أن النفقة للحامل أو للحمل؟ فإن قلنا: لها، لم تجب؛ [لأنها][3] لا تستحقها في حال التمكن[4] فأولى ألا تستحقها بعده[5].

وإن قلنا: إنها للحمل، وجبت؛ إذ الحمل تابع له، وهذا ما علل به الجمهور، ولم يرتض الإمام ذلك، وقال: إنما وجبت لها من جهة قيامها بتربية الولد وتنزيلها منزلة الحاضنة، وطرده في كل موضع قلنا: إنها تستحق النفقة، وهذا المعنى يقتضي القطع بإيجاب النفقة.

ثم قال: وحاصل هذا الخلاف -عندي- يرجع إلى أن الولد إذا كان مجتنًا هل تجب مؤنته؟ فعلى قول: نعم كالمنفصل، وعلى قول: لا؛ لأنه جزء من الأم ما دام مجتنا لا استقلال له.

قال الرافعي: وتنزيل نفقة الحامل منزلة مؤنة الحاضنة بعد الانفصال لا اتجاه له وإن[6] ردده الإمام مرارًا؛ لأن الواجب هناك كفاية أمر من تحضنه، إما تبرعًا وإما بأجرة، من غير تقدير، وهذه النفقة مقدرة كنفقة الزوجات.

قلت: إن كان المراد بمن تحضنه: غير المرضعة فالاعتراض صحيح، وإن كان المراد به: المرضعة، فقد تقدم عن الماوردي - عند الكلام: في أن النفقة لمن؟ - ما يدل على أنها مقدرة [فَدُفع الاعتراض][7] على أنه - أيضًا - مشكل.

ثم هذا كله فيما إذا كانت الموطوءة بالشبهة غير منكوحة، فإن كانت منكوحة، وحملت من وطء الشبهة، فإن أوجبنا النفقة على الواطئ بالشبهة، سقطت عن الزوج، وإن لم نوجبها عليه ففي سقوطها عن الزوج وجهان:

أفقههما: السقوط؛ لفوات الاستمتاع عليه، وهذا ما جزم به في «التهذيب».

والثاني: لا تسقط؛ لأنها معذورة فيه، وهذا ما أورده في «البسيط».

قلت: ويجوز أن يكون مأخذ هذا الخلاف أنه هل يحل[8] له التلذذ بها، أم لا؟ وفيه خلاف تقدم في باب العدد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: لا تستحق.
(٣) في د: لكنها.
(٤) في أ: المكين.
(٥) في أ: بعدها.
(٦) في د: فإن.
(٧) في أ: فتندفع الأغراض.
(٨) في أ: تجد.

فإن قلنا: يحل[١]، لم يفته جميع [وجوه] [٢] الاستمتاعات؛ [فتجب؛ كالمريضة.

وإن قلنا: لا يحل فقد فاته جميع وجوه الاستمتاع] [٣]، فلا تجب؛ كالمحرمة.

واستحسن الإمام توسطًا، وهو أنها إن كانت نائمة أو مكرهة فلها النفقة.

وإن مكنت على ظن أنه زوجها، فهذا فيه التردد الذي حكاه الأصحاب.

وما قاله قريب مما قاله الشيخ أبو علي فيما إذا وطئ زوجة أبيه؛ [كما ذكرناه في باب: ما يحرم من النكاح.

وحكم أم الولد، إذا أعتقها سيدها][٤]، وهي حامل - حكم الموطوءة بالشبهة، صرح به القاضي الحسين.

قال: **وإن توفي عنها لم تجب لها النفقة في العدة** - أي: وإن كانت حاملا - [لأنها إذا كانت حائلاً بانت بالموت؛ فأشبهت البائن بالطلاق، وإن كانت حاملاً][٥]، فهي إنما تجب إذا كانت الفرقة بالطلاق، إما للحمل وإما[٦] بسببه، ونفقة القريب تنقطع بالموت.

قال: **وفي السكنى قولان**:

أحدهما: أنها لا تستحقها؛ لأنها تجب يومًا بيوم؛ فلم تجب كالنفقة، وهذا ما اختاره المزني، وصححه منصور اليمنى في «المستعمل» والغزالي في «الخلاصة». وروي «أَنَّ عَلِيًّا - [رَضِيَ اللهُ عَنْهُ][٧] - نَقَلَ أَمَّ كُلْثُوم بَعْدَمَا اسْتُشْهِدَ عُمَرُ -رَضِيَ اللهُ عنه- بِسَبْعِ[٨] لَيَالٍ»[٩].

والثاني: أنها تستحقها، وهو الأصح عند العراقيين، وتابعهم الروياني وغيره.

ووجهه: ما روى أبو داود أن فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري قتل زوجها؛ فسألت رسول الله ﷺ أن ترجع إلى أهلها، فإنه لم يتركها في مسكن

---

(١) في أ: تجد.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: وأو.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: لسبع.
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٣٦) كتاب العدد، باب: من قال: لا سكنى للمتوفَّى عنها زوجها، قال: ورواه سفيان الثوري وقال: لأنها كانت في دار الإمارة.
قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٤٧):
أثر علي أنه نقل ابنته أم كلثوم بعدما استشهد عمر بسبع ليال، رواه البيهقي بإسناد صحيح. اهـ.

يملكه[١]، ولا نفقة، فقال لها رسول الله ﷺ: «نعم»، فخرجت حتى صارت إلى الحجرة أو في المسجد، فدعاها وقال: «كَيْفَ قُلْتِ»؟ فأعادت عليه القصة، فقال: «امْكُثِي في بيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ». قال: فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشرًا، فلما كان عثمان أرسل إليَّ، فأخبرته القصة؛ فقضى به واتبعه[٢].

قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح.

ومن قال بالأول، قال: قوله: «امكثي في بيتك» ندب[٣] لها إلى الاعتداد في ذلك البيت، والمذكور أولاً بيان أنه لا سكنى لها.

وقد ذهب كثير من الأصحاب إلى بناء القولين على التردد في أن حديث فريعة منزل على هذا الترتيب، أو الأول حكم بأنه لا سكنى[٤] لها، والذي ذكره آخرًا ينسخ الأول.

وفي «الجيلي»: أن صاحب «الحلية» قال: تجب لها السكنى إن كانت حاملاً، على الأظهر.

ولم يذكر أحد من المصنفين هذا التقييد سواه.

ومحل الكلام في المسألة إذا لم يتقدم الموت طلاق، أما إذا تقدمه طلاق بائن فلا نزاع في وجوب السكنى لها، ولا نفقة لها إن قلنا: إنها للحمل، وإن قلنا: إنها للحامل، فوجهان:

اختيار ابن الحداد - وهو الأصح عند الإمام-: أنها تسقط أيضًا؛ لأنها كالحاضنة، ولا تجب نفقة الحاضنة للولد بعد الموت.

وعن الشيخ أبي علي: أنها لا تسقط؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة، بخلاف الرجعية، بل تعتد عن الطلاق، والطلاق كان يوجب هذه النفقة دفعة واحدة؛ فتصير كدين عليه، وهذا أقيس عند الغزالي.

واعلم أن الشيخ -رحمه الله- سكت عن نوع آخر من المعتدات، وهن[٥] المفسوخ نكاحهن بعد الحكم بصحته[٦]، وللأصحاب في استحقاقهن السكنى طرق:

أحدها: أنها تستحق وجهًا واحدًا، وهو ما حكاه في «المهذب»، قال في «التتمة»: وهو الصحيح.

---

(١) في د: بملكه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في أ: يذب.
(٤) في د: سكن.
(٥) في د: وهو.
(٦) في د: بصحتها.

والثاني: إطلاق قولين:

في قول: تستحق، كالمطلقة؛ تحصينًا لمائه.

وفي قول: لا؛ لأن إيجاب السكنى بعد زوال النكاح كالمستبعد، وهي إنما وجبت بالنص في المطلقة؛ فيبقى حكم غيرها على الأصل.

والثالث: إن كان لها مدخل في ارتفاع النكاح؛ بأن فسخت بالعتق، أو بالعيب، أو فسخ بعيبها - فلا سكنى. وإن لم يكن لها مدخل [كما إذا انفسخ بإسلام الزوج، أو ردته، أو رضاع من أجنبي - فقولان.

والرابع: إن كان لها مدخل][1] -كما ذكرناه- [لم تجب وإن لم يكن][2] وجبت.

والخامس: أن الفرقة إن كانت بعيب أو غرور فلا سكنى لها، وإن كانت بسبب رضاع أو مصاهرة أو خيار عتق، فوجهان، المذهب منهما: أنها كالمطلقة، وهذه طريقة صاحب «التهذيب».

وفرق بأن الفرقة بالرضاع والصهارة وخيار العتق لم تكن بسبب موجود[3] يوم العقد، ولا بسبب يستند إليه الفسخ حتى يجعل مفسوخًا من أصله، بدليل وجوب المسمى، وفي العيب والغرور كانت بسبب في العقد؛ ولذلك نوجب مهر المثل.

وأما النفقة، ففيها -أيضًا- طرق:

أحدها: حكاية قولين مبنيين على أن النفقة للحامل أو للحمل:

إن قلنا بالأول لم تجب.

وإن قلنا بالثاني؛ وجبت.

وهذا ما أورده ابن الصباغ، والشيخ في «المهذب»، والقاضي في «التعليق».

والثاني: إن كان لا بسبب من جهتها، كردة[4] وما في معناها، فهي كالمطلقة، وإن كان بسبب من جهتها، كالفسخ بخيار العتق، وما ذكرناه معه - فقولان ينبنيان على أن النفقة للحامل أو للحمل؟

والثالث: -نسبه أبو علي إلى عامة الأصحاب، وهو المحكي في «التهذيب» - إن كان بسبب عارض، فهو كالطلاق، وإن كان بسبب قارن العقد كالعيب والغرور، فقولان.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: وجود.
(٤) في أ: لرتده.

قال الإمام: وهذا فيه غموض من جهة أن المفسوخ نكاحها؛ كما لا تستحق النفقة في حال الحيال؛ كذلك المطلقة لا تستحقها، إذا كانت بائنًا، وهذا مما يعسر الفرق فيه، والذي أراه في المسائل إذا غمضت الرجوع إلى ما اقتضاه القرآن [العزيز](١)؛ فإنه أوجب النفقة للمطلقات، والمفسوخ نكاحها ليست مطلقة.

وقد ينقدح وجه آخر، وهو أنها كالمتسببة(٢) إلى رفع النكاح؛ فأثر ذلك في سقوط النفقة، كما أثر في سقوط المهر قبل الدخول.

والرابع: أنها تستحق النفقة حيث تجب السكنى، وحيث [لا تجب](٣) السكنى ففي نفقتها قولان.

والخامس: أنها تستحق النفقة وجهًا واحدًا؛ كالمطلقة، وهذا ما أبداه الماوردي من عند نفسه.

ثم ما أطلقناه في المفسوخ نكاحها بسبب اختلاف الدين هو المذكور(٤) هاهنا.

وفي «النهاية» - في نكاح المشرك - حكاية خلاف عن الأصحاب:

فمنهم من يقول: سبيلها سبيل الرجعيات؛ فلا(٥) يخفى حكمها مما(٦) تقدم.

ومنهم من يقول: سبيل البائن.

تنبيه:(٧) ما أطلقه الشيخ من استحقاق النفقة [يشمل الطعام والإدام والكسوة، وما أطلقه من استحقاق النفقة](٨) والسكنى محمول على من تستحق ذلك في حال الزوجية، أما إذا كانت ممن لا يستحق ذلك: إما وفاقًا كالناشز أو على رأي كالصغيرة، والأمة إذا سلمت ليلا دون النهار - فحكمها في استحقاق السكنى كذلك.

وزاد المتولي فقال: إن المعتدة لو نشزت في العدة سقط سكناها، ولو عادت إلى الطاعة عاد حق السكنى.

وقال الإمام شيئًا عبر عنه بعضهم بأنها إن نشزت على الزوج وهي في بيته، فلها السكنى في العدة، وإن خرجت من بيته واستعصت عليه مطلقًا، فلا سكنى لها، وأما النفقة فلم أر للأصحاب فيها [نقلا](٩) هاهنا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: كالمسببة.
(٣) في د: لا تستحق.
(٤) في أ: مذكور.
(٥) في أ: ولا.
(٦) في د: بما.
(٧) في أ: فانتبه.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: فعلًا.

وحكى الإمام في فرع سأذكره في باب الحضانة عن الشافعي أن الرجعية تسقط نفقتها بما تسقط به نفقة الزوجات.

فائدة تقدم الوعد بها: وهي ذكر المسائل التي تتفرع على القولين بأن النفقة للحامل، أو للحمل؟

فمنها: أن الحمل لو كان موسرًا فهل تجب النفقة على الأب؟ قال في «الزوائد»: إن قلنا بالأول لم تسقط، وإن قلنا بالثاني، قال أبو يعقوب: لا تسقط أيضًا. وقال الشاشي: تسقط وهو ما حكاه القاضي في «التعليق»؛ تفريعًا على هذا القول.

وقال ابن كج: إن قلنا: إنها للحمل، وإنها تؤخر إلى الوضع، فإذا وضعت سلمت إليها النفقة من مال الصبي.

وإن قلنا: يجب التعجيل، فلا تؤخذ من مال الحمل؛ كما لا نوجب فيه الزكاة والمؤنات، ولكن ينفق الأب عليها، فإذا[1] وضعت ففي رجوعه في مال الصبي وجهان.

ومنها: لو كان الأب ميتًا وله أب غني، فعلى الأول: لا تجب عليه، وهو ما قطع به في «التهذيب» على القولين معًا، وعلى الثاني تجب.

وبهاتين المسألتين يظهر الاعتراض على الماوردي، فيما ذكره من الدليل على القول بأنها للحامل.

ومنها: لو نشزت، فإن قلنا بالأول سقطت، وإن قلنا بالثاني فلا؛ قاله ابن كج.

والصحيح السقوط، وكذا لو ارتدت أو أسلمت، ومنهم من قطع بالسقوط.

ومنها: لو أبرأته من النفقة، قال المتولي: إن قلنا بالأول سقطت، وإن قلنا بالثاني فلا.

وجزم في «الزوائد» بأنها تسقط على القولين معًا، ويظهر أن تكون صورتها إذا أبرأته من نفقة اليوم، بعد طلوع الفجر، أو الشمس، وبهذا يندفع ما أورد على ذلك من سؤال، ولا نزاع في أنها تملك المطالبة بها على القولين معًا.

ومنها: هل تتقدر بالكفاية، أم هي؟ كنفقة الزوجة؟ الذي أجاب به الأكثرون الثاني.

وحكى الإمام ومن تابعه طريقين:

---

(١) في د: وإذا.

أحدهما: إن قلنا بأنها للحامل فهي كنفقة الزوجة، وإن قلنا: للحمل فوجهان.

والثاني: إن قلنا: إنها للحمل، تقدرت بالكفاية، وإن قلنا: للحامل فوجهان.

ومنها: لو كانت ممن تخدم هل تستحق الخادم؟ قال الروياني: إن قلنا: إنها للحامل، فنعم، وإلا فلا.

قال: **وإن اختلف الزوجان في قبض النفقة فالقول قولها**؛ لأن شغل ذمته متحقق، والأصل عدم القبض.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون الزوجة حرة أو أمة.

قال ابن الصباغ: لأن النفقة حق لها يتعلق بالنكاح؛ فكان الرجوع فيه إليها، كالمطالبة بالإيلاء والعنة.

فلو اختلفا في نفقة ماضية، وادعى أنه سلمها، وأنكرت هي[١] وصدَّقه المولى - قال أصحابنا: لا تثبت دعواه بتصديق المولى، وإنما يكون شاهدًا له بذلك.

قال[٢] ابن الصباغ: وهذا فيه نظر؛ لأن النفقة حق يتعلق بالنكاح لا حق للأمة فيها، وإنما حقها في النفقة بالمستقبل، وإذا ثبتت النفقة كان للسيد قبضها؛ فينبغي أن يقبل إقراره فيها.

قال: **وإن اختلفا في تسليمها نفسها فالقول قوله**؛ لأن الأصل عدم التسليم، وقد تقدم الكلام فيما يتعلق بذلك.

قال: **وإن ترك الإنفاق عليها مدة، صار** - أي: الذي تنفقه[٣] - **دينا في ذمته**؛ أي: سواء طالبته بذلك أو سكتت؛ لأنه مال يجب بطريق البدل في عقد معاوضة؛ فلم يسقط بمضي الزمان؛ كالثمن والأجرة والمهر، واستدل له الماوردي بما روي أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا[٥] عن نسائهم: «إِمَّا أَنْ تُنْفِقُوا، أَو تُطْلِقُوا وَتَبْعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا حَبَسْتُمْ»[٦]، ولم[٧] يخالفه في الصحابة أحد؛ فكان إجماعًا.

ولا فرق فيما تنفقه بين أن يكون طعامًا أو[٨] كسوة، ولا بين أن تكون نفقتها

---

(١) في أ: ففي.
(٢) في د: قاله.
(٣) في د: تنفق.
(٤) في د: كالمثمن.
(٥) في أ: عاثوا.
(٦) تقدم.
(٧) في أ: ولا.
(٨) زاد في د: إدامًا أو.

أو نفقة خادمها، هذا هو المشهور.

وفي «الرافعي» في كتاب العدد: أن الشافعي نص على أن مدة العدة إذا مضت، أو بعضها، ولم تطلب حق السكنى - سقطت، ولم تصر دينًا، ونص في نفقة الزوجة على أنها لا تسقط بمضي الزمان، [وتصير دينًا](١) وللأصحاب فيهما طريقان:

أحدهما: أن فيهما قولين نقلا وتخريجًا.

والثاني: المنع؛ كنفقة الأقارب.

وأظهرهما: تقرير النصين، وفرقوا بأن النفقة في مقابلة التمكين، وقد وجد.

ولا تسقط بترك الطلب، والسكنى؛ لتحصين مائه، على موجب نظره واحتياطه، ولم يتحقق.

وعن القفال الفرق بأن السكنى كفاية الوقت، وقد مضى، والمرأة لا تملك المسكن، والنفقة عين تملك وتثبت في الذمة. وذكر أن حكم الكسوة حكم السكنى، وظاهر هذا يقتضي إثبات خلاف في المسألة، وقد ذكرت في العدد شيئًا يتعلق بذلك؛ فليطلب منه.

وما قاله القفال في الكسوة هو ما صححه المتولي، وهو بناء على اعتقاده أنها إمتاع.

قال: وإن تزوجت بمعسر، أو بموسر فأعسر بالنفقة - أي: نفقة المعسر - فلها الخيار: إن شاءت أقامت على النكاح، وتجعل النفقة - [أي: إذا مكنته](٢) - دينًا عليه، وإن شاءت فسخت النكاح.

والدليل على أن لها حق الفسخ من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] خيره بين أحد الأمرين؛ فإذا عجز عن الإمساك بالمعروف تعين التسريح(٣) بالإحسان.

ومن السنة: ما روى حماد بن سلمة، عن عاصم بن أبي النجود عن أبي سلمة، عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ سئل عمن أعسر بنفقة امرأته، فقال: «يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا»(٤). خرجه الدارقطني.

---

(١) سقط في د. (٢) في أ: إلى مكتبه. (٣) في أ: بالتسرع.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٩٧) كتاب النكاح، باب: المهر، برقم (١٩٤)، والبيهقي (٧/ ٤٧٠) =

وسئل سعيد بن المسيب عن رجل أعسر بنفقة زوجته، فقال: «يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا»، قيل: سنة؟ فقال: سنة[(١)] .

قال الشافعي: وقول الراوي: «سُنَّةَ» يقتضي سُنَّةَ رسول الله ﷺ؛ فصار كروايته عنه، وقد ذهب إلى ذلك عمر وعلي وأبو هريرة.

وكتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: أن ينفقوا، أو يطلقوا، وليس لهم مع انتشار[(٢)] قولهم في الصحابة مخالف؛ فكان إجماعًا؛ كذا قاله الماوردي.

ولأنه حق مقصود بكل نكاح؛ فوجب أن يستحق الفسخ بإعوازه؛ كالاستمتاع من [المجبوب والعنين][(٣)] ، بل من طريق الأولى؛ لأن البدن يقوم بدون الجماع، ولا يقوم بترك الغذاء.

ولأن الحق مشترك في الجماع، وفي النفقة خاص بها، ولا يقال: الجماع لا تقدر على تحصيله من غيره؛ فيلحقها الضرر، والنفقة تقدر على تحصيلها من غيره؛ فلم يلحقها كبير ضرر؛ لأنا نقول: نفقة الزوجة لا تحصل[(٤)] لها أيضًا من غيره.

وقولنا: مقصود بكل نكاح؛ ليخرج القدر الزائد على نفقة المعسر، ونفقة الخادم، هذه طريقة أهل العراق.

وفي طريقة المراوزة حكاية قول: أنه لا خيار لها، [ووجهه قوله][(٥)] تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]؛ فكان على عمومه في وجوب إنظار كل معسر بحق.

ولأنه مال وجب بحق الزوجية؛ فوجب ألا تملك به الفسخ؛ كالصداق بعد الدخول.

ولأن النفقة في مقابلة التمكين، ولو أعوزه التمكين منها بنشوزها لم يستحق الزوج به خيار الفسخ، [كذلك إذا أعوزت النفقة من جهته بالإعسار لم تستحق

= كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امرأته، كلاهما من طريق حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) أخرجه الشافعي في مسنده، ص (٢٦٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٦٩) كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امراته.

(٢) في أ: انتشارهم.

(٣) في أ: الجبوب والغبير.

(٤) في د: تحصيل.

(٥) في د: ووُجِّه بقوله.

الزوجة به خيار الفسخ](1) .

قال الروياني: قال [جدي](2) : وبهذا أفتى.

وجزم بعض الأصحاب بالقول الأول، وحمل الثاني على حكاية مذهب الغير.

قال ابن كج والروياني: وهذه أظهر.

[و](3) أجيب عن الآية: بأن ذلك عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، ونحن نقول به، ولا خلاف فيه - عندنا(4) - في أكثر الكتب إلا ما حكاه في «التتمة»: أن الحكم فيها حكم الصداق بعد الدخول على رأي.

وعن القياس على الصداق بأنا نقول به.

وعن النشوز: بأن ذلك دليل عليكم؛ لأن النشوز لما أسقط ما في مقابلته [من النفقة، وجب أن يكون إعواز النفقة يسقط ما في مقابلته](5) من الاستمتاع، والله أعلم.

وحكم غيبة(6) المال في مسافة القصر، أو مرض مرضًا يزيد مدته على ثلاثة أيام في حق المكتسب - حكم الإعسار.

قال القاضي الحسين: وهذا بخلاف ما إذا كان الزوج غائبًا وهو موسر؛ فلا فسخ لها - على الأصح - لأن الزوج هناك قادر على الأداء، وتعذر الوصول إليه(7) من جهة المرأة، وإذا كان المال غائبًا فالعجز عن الإنفاق من جهة الزوج؛ فكان لها أن تفسخ.

وقد اختار القاضي أبو الطيب في الغيبة مع اليسار أن لها الفسخ أيضًا، وإليه ميل ابن الصباغ.

وذكر القاضي الروياني وابن أخيه صاحب «العدة» - أن المصلحة الفتوى به.

وحكم امتناعه ظلمًا، مع إخفاء ماله، وعسر تحصيله منه بالقاضي - حكم غيبته مع اليسار.

وكذا لو كان كسوبًا(8)، فامتنع من الاكتساب؛ لأجل النفقة، وقلنا بوجوبه على أحد الوجهين.

---

(1) سقط في أ.
(2) في أ: خذي.
(3) في أ: وبه.
(4) في د: عندي.
(5) سقط في د.
(6) في أ: عينه.
(7) في د: إليها.
(8) في أ: كسوة.

وكذا لو غاب، ولم يعلم إعساره، لم يثبت لها الاختيار[١]، على الأصح في «المهذب» وغيره، وهو قول الأكثرين على ما حكاه الماوردي؛ لأن سبب ثبوت الفسخ - وهو الإعسار - لم يتحقق.

ولو كان لا مال له إلا دينا: فإن كان على مَلِيء حاضر فلا خيار لها، وإن كان غائبًا[٢] فوجهان؛ بناء على ما لو كان الزوج موسرًا غائبًا، قاله الماوردي.

ولو كان معسرًا، ثبت.

وكذلك لو كان عليها وهي معسرة.

ولو كان عليه ديون وله مال[٣] قدرها يقبل[٤] الوفاء، لا خيار لها، وبعده يثبت.

ولو كان معسرًا، فتبرع عنه أجنبي بأدائها - ثبت الخيار على الأصح، خلافًا لما أفتى به الغزالي، رحمه الله.

وكذا لو ضمن بإذنه على وجه محكي في كتاب «التهذيب».

والمجزوم به في «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا خيار، إن كان الضامن مليئا، وكذلك في «التتمة».

وإن كان بغير إذنه فوجهان.

التفريع:

إن قلنا: لا فسخ لها، سقط عنها حق الحبس بسبب الزوجية، سواء كانت موسرة أو معسرة.

وكذا لو أثبتنا لها حق الفسخ، فلم تفسخ، لكن يجب عليها أن تأوي إلى المنزل ليلاً، وله أن يستمتع بها في الليل؛ لأنه زمن الفرغة، دون النهار؛ لأنه زمان الاكتساب، فلو امتنعت [عليه في النهار دون الليل لم تكن ناشزًا، وكانت على حقها في النفقة؛ وإن امتنعت][٥] بالليل كانت ناشزًا.

فإن قيل: هلا إذا سقط حقه من الاستمتاع بها نهارًا أسقط عنه نفقتها؛ كما يسقط نفقتها لو كانت أمة فاستخدمها[٦] بالنهار سيدها؟

قيل: لأن منع الأمة من جهتها، فجاز أن تسقط به نفقتها، ومنع المعسر من

---

(١) في د: له الخيار.
(٢) في أ: عينا.
(٣) في أ: مجال.
(٤) في أ: فقبل.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: فاستخدما.

جهته؛ فلم تسقط به نفقتها، كذا حكاه الماوردي.

وفي «المهذب»: أنه لا يلزمها التمكين من الاستمتاع، فلعله أراد: بالنهار؛ [لأنه قال: ولها أن تخرج من منزله، والخروج بالنهار][(١)] .

وإن قلنا: لها حق الفسخ، فلا فرق في ذلك -أيضًا- بين أن [يكون معسرًا أو موسرًا][(٢)] ، ولا بين أن يعجز عن كل المد أو عن عشره.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنه إذا قدر على نصف مد لا خيار لها.

وفي «التهذيب»: أنه إذا كان يجد في يوم نصف مد، وفي يوم يقتصر عليه، وفي يوم يجد قدر الكفاية - فلا خيار.

وأجرى الرافعي فيه الوجه السابق، وأجراهما فيما إذا كان يجد في يوم مدًّا، وفي يوم لا يجد شيئًا.

ولو كان يجد في أول النهار ما يغديها، وفي آخره ما يعشيها - فوجهان في الطريقين، والأصح في «التهذيب»: أنه لا خيار.

ولو كان يكتسب في يوم قدر ما يكفيه ثلاثة أيام، ويبقى بعده يومين أو ثلاثة لا يكتسب، [ثم يكتسب][(٣)] ما يكفي الأيام الماضية، أو كان نساجًا ينسج في كل أسبوع يومًا تكفيه أجرته الأسبوع - فلا خيار؛ لأنه ليس بإعسار، بل هو تأخير حق من وقت إلى وقت.

ولو تعطل عليه العمل في بعض الأسابيع، ففي ثبوت الخيار وجهان في «التتمة»، وقال: الصحيح الثبوت.

ولو كان بيده صنعة، [ولم يجد من يستعمله في صنعته][(٤)] : فإن كان يعد ذلك نادرًا فلا خيار، وإن كان غالبًا؛ فلها الخيار؛ قاله الماوردي.

وكذا لو كانت صنعته محرمة؛ كعمل آلة الملاهي- فهو لا يستحق ما سمي من الأجرة [ولا بد][(٥)] أن يستحق لتفويت عمله أجرًا؛ فيصير به موسرًا.

قال: ولا يكون لزوجته خيار. وكذا المنجم والكاهن قد يوصل إليه شيء بسبب محظور، لكنه قد أعطي عن طيب نفس المعطي؛ فأجري مجرى الهبة، وإن

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: تكون معسرة أو موسرة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: والأبد.

كان محظورًا لسبب؛ فساغ له إنفاقه.

ولو قدر على مد من شعير دون غيره: فإن كان في بلد يقتات فيه فقراؤه الشعير لم يفسخ، سواء جرت عادتها [باقتيات الشعير أم لا وإن كان في بلد لا](١) يقتات الشعير كان لها الخيار، وهل هذا الرفع طلاق أو فسخ؟

حكى الطبري: أن الذي قاله الشيخ أبو حامد، ولم يذكر غيره: أنها لا تفسخ بنفسها، بل ترفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالطلاق، أو يطلق عليه.

وفي «الشامل»: أن الحاكم يفسخ بينهما النكاح.

وحكى المراوزة فيه وجهين:

أصحهما في «التهذيب»: أنه فسخ، وهو ما جزم به القاضي الحسين في «التعليق»، وضعف الإمام مقابله؛ بأنه إذا طلق أو طلق عليه إنما يكون رجعيًّا، وذلك لا يسقط النفقة، ثم أجاب بأن ذلك محل ضرورة؛ فإن العدة لا بد منها.

وقد يستدل له بما روي أنه - عليه السلام - قال: «ابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ»، فقيل: من أعول يا رسول الله؟ قال: «امْرأَتُكَ تَقُولُ: أَطْعِمْني وإلَّا فَارِقْنِي»(٢) كما خرجه النسائي.

واستدل له أبو يعقوب الأبيوردي بما كتبه عمر إلى أمراء الأجناد.

وبنى في «التتمة» الوجهين على القولين في أن المولي يطلق الحاكم عليه، أو يحبسه ليطلق؟

إن قلنا: يطلق، فيطلق هاهنا، وإن قلنا: يحبسه، فهاهنا لا يمكن الحبس؛ لأنه عاجز؛ فلا يبقى للخلاص طريق إلا الفسخ.

قال الرافعي: ولك أن تقول: العاجز عن الإنفاق لا يجوز حبسه لينفق، ولكن لا يبعد أن يحبس؛ ليكلف الإنفاق، أو يطلق كما ذكر في الكتاب - يعني: «الوجيز»-: حتى يحبسه؛ لينفق، أو يطلق.

وعلى كلا الوجهين لا بد فيه من الرفع إلى القاضي.

أما إذا قلنا: إنه طلاق، فليعرض عليه أن ينفق بالإقراض أو غيره، أو يطلق، فإن أبى ذلك طلق عليه طلقة رجعية؛ كما في المولي - على الأصح- أو يحبسه ليطلق، فإن راجعها طلق عليه ثانية(٣) إلى أن يتم الثلاث، إلا أن ينفق عليها.

---

(١) سقط في أ. (٢) تقدم. (٣) في أ: بائنة.

وأما إذا قلنا: إنه فسخ، فليثبت إعساره عنده، وليسلطها على الفسخ فإنه مجتهد فيه، وفي كلام الإمام ما يدل على أنه إذا ثبت إعساره لا حاجة إلى تسليط الحاكم، وعزاه إلى المحققين.

وجزم في «الحاوي» قبيل باب شهادة النساء بأنه[١] لا بد أن يحكم الحاكم بجواز الفسخ، وإذا حكم به فوجهان:

أحدهما: لا يصح إلا أن يتولاه.

والثاني: يجوز أن تتولاه الزوجة.

وهل يحتاج إذا كان الزوج غائبًا أن يبعث إليه ليحضر أو ينفق، أو لا يحتاج؟ فيه وجهان، أظهرهما الثاني، وهو المذكور في «التتمة».

وفي «التهذيب»: أنه قيل: لها أن تفسخ بنفسها، وحكاه في «التتمة» أيضًا.

وقال الغزالي: لو فسخت؛ لعلمها بإعساره، لم ينفذ ظاهرًا، وهل ينفذ باطنًا، حتى إن اعترف الزوج أو قامت بينة - تبين نفوذه واحتساب العدة من ذلك الوقت؟ فيه تردد، ولا خلاف أنه ينفذ ظاهرًا إذا لم يكن في الناحية حاكم، أو عجزت عن الرفع إليه، هذا لفظه.

ولا يثبت هذا الخيار[٢] لولي الصغيرة والمجنونة، وكذا لسيد الأمة - في الأصح - لكن لا يجب عليه أن ينفق عليها.

وفي «تعليق البندنيجي»: أن الخيار إلى سيدها، وليس كالعنة، وهذا يشعر بأنه لا يثبت لها، وهذا إذا لم تكن معتوهة أما إذا كانت معتوهة فقد حكى ابن الصباغ عن ابن الحداد أنه لا خيار، وينفق المولى عليها، وتكون النفقة في ذمة الزوج، فإذا أيسر وعقلت، قال القاضي أبو الطيب: تطالبه بها وإذا قبضتها[٣] كان للسيد أخذها.

قال ابن الصباغ: وهذا فيه نظر؛ لأن الأمة إذا كانت لا تملك العين فكذلك الدين؛ فيجب أن يكون ما يثبت من الدين للسيد، وله المطالبة به.

قلت: وما قاله القاضي قريب مما ذكرناه عن الأصحاب عند الاختلاف في قبض النفقة.

قال: وإن اختارت المقام، ثم عن لها أن تفسخ - أي: بدا لها - جاز، أي:

(١) في أ: فإنه. (٢) في د: بالخيار. (٣) في د: وقصتها.

بعد يوم الاختيار؛ لأن وجوب النفقة يتجدد كل يوم، فرضاها بما يتعلق بالآتي إسقاط[١] شيء قبل ثبوته؛ فلا يسقط.

أما اليوم الذي اختارت المقام فيه فلا خيار لها فيه، صرح به البندنيجي.

وبهذا يظهر لك أنها إذا كانت عالمة بإعساره حالة العقد ثبت لها الخيار على هذا النحو.

قال: وإن اختارت الفسخ، ففيه قولان:

أحدهما: تفسخ في الحال، وهو القديم؛ لأنه فسخ لتعذر العوض؛ فثبت في الحال؛ كفسخ البيع بالإفلاس بالثمن.

والثاني - وهو الأصح-: أنها تفسخ بعد ثلاثة أيام؛ لتحقق العجز؛ فإن الإنسان قد يتعسر عليه وجه الإنفاق لعوارض، ثم تزول، وهذه مدة قريبة لا يصعب تزجيتها باستقراض وغيره.

وقد نقل عن «الإملاء»: أنه يمهل يومًا، وجعله أبو الفرج السرخسي قولا ثالثًا، والأكثرون امتنعوا منه، وقالوا: المراد منه: أنه لو أمهله يومًا - جاز، لا أنه [لا][٢] يزيد عليه.

وفي «الوسيط» - تفريعًا على القول بعدم إمهال الثلاث-: أنه لا خلاف أنها لا تبادر[٣] إلى الفسخ صبيحة[٤] اليوم؛ فإن أكثر الناس يكتسبون قوت اليوم في اليوم، ولكن إلى متى التأخير؟ يحتمل أن يقال: إلى وسط النهار، ويحتمل أن يقال: إلى الليل، ويحتمل أن يقال: حتى يمضي يوم وليلة، وأراد: التي تليه؛ كما صرح به الرافعي، وقال: إن النفقة لهما، وبمضيهما تستقر.

قال الغزالي: فرجع[٥] هذا إلى أنه يمهل يومًا واحدًا، وهذا ما رجحه الإمام على هذا التقدير، بعد أن قال: إن هذا يدل على فساد المفرع عليه.

وفي كتاب «التهذيب» تفريعًا على هذا القول - حكاية وجهين في أنها تفسخ في أول النهار أو آخره؟

قال الغزالي: [نعم][٦]، لو أقر صبيحة اليوم بأني عاجز، ولست أتوقع شيئًا،

---

(١) في د: بإسقاط.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: تبار.
(٤) في أ: فيتجه.
(٥) في د: يرجع.
(٦) سقط في د.

فيحتمل أن يقال: [لها المبادرة، ويحتمل أن يقال:](١) يمهل إلى(٢) تحقق العجز بانقضاء اليوم.

ولو كان يعتاد الإتيان بالطعام لها(٣) ليلا فلها الفسخ؛ لأن هذا صيام الدهر.

وفي «العدة» فيه وجه، ولو وجد ذلك مرة أو مرتين لم يثبت لها حق الفسخ.

ويتفرع على القول بإمهال الثلاث مسائل:

إحداها: يجوز لها في مدة الإمهال أن تخرج لتحصيل النفقة، وليس له منعها، وإن قدرت على الإنفاق من مالها، أو كانت تكتسب بما لا يحوجها إلى الخروج كالغزل والخياطة، وفي هذه الحالة وجه، وهو قضية ما في كتاب «التهذيب» فإنه قيد ذلك بما إذا كانت معسرة.

وذكر وجه مطلق: أنه يدام حق الحبس في المدة، وعليها أن ترجع إلى المنزل ليلا، والحكم في الاستمتاع كما تقدم.

وذكر في «التهذيب»: أن لها المنع، لكن إذا منعت لا تستحق النفقة لمدة الامتناع(٤)، ولم تصر دينًا.

الثانية: إذا اختارت المقام بعد [مضي](٥) الثلاث، ثم عن لها أن تفسخ - فلا بد من تجديد الإمهال.

وفيه احتمال للإمام، وللقاضي الروياني، والظاهر الأول؛ بخلاف امرأة المولي إذا رضيت، ثم عادت إلى المطالبة، لا تستأنف مدة الإيلاء؛ لأن المدة هناك منصوص عليها، غير موقوفة على طلبها وهاهنا مدة الإمهال تقع بعد طلبها، وإذا تعلقت بطلبها، سقط أثرها برضاها.

الثالثة: إذا مضت الأيام الثلاثة، فلها الفسخ صبيحة اليوم الرابع، إن لم يسلم نفقته، وإن سلمها لم يجز الفسخ بما مضى، وليس لها أن تقول: آخذه عن نفقة بعض الأيام الثلاثة؛ لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي(٦).

---

(١) سقط في أ. (٢) زاد في د: أن. (٣) في أ: لهما.

(٤) في د: الاستمتاع. (٥) سقط في د.

(٦) قوله: والجديد أنه لا يجوز الفسخ بالإعسار إلا بعد مضي ثلاثة أيام من وقت ثبوت إعساره، ثم قال: الثالثة إذا مضت الأيام الثلاثة، فلها الفسخ صبيحة اليوم الرابع إن لم يسلم نفقته، وإن سلمها لم يجز الفسخ بما مضى، وليس لها أن تقول: آخذه عن نفقة بعض الأيام الثلاثة؛ لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي. انتهى كلامه.

=

ولو توافقا على جعلها عما مضى، قال الرافعي: يمكن أن يقال: لها الفسخ، ويمكن أن تجعل القدرة عليها مبطلة للمهلة؛ وهذا بناء على أن الزوجة لا تفسخ بنفقة المدة الماضية، وهو الصحيح، كما[1] حكيناه من قبل.

الرابعة: لو مضى يومان بلا نفقة، ووجد نفقة اليوم الثالث، وسلمها، وعجز في الرابع - فتستأنف المدة أو تبني؟ فيه وجهان، أظهرهما: البناء؛ فعلى هذا تصبر يومًا آخر، وتفسخ في اليوم الذي يليه.

الخامسة: لو لم يجد[2] نفقة يوم، ثم وجد في اليوم الثاني، ولم يجد في الثالث، ووجد في الرابع - فيلينف[3] أيام العجز، فإذا تمت أيام المهلة كان لها الفسخ.

السادسة: لو مضت ثلاثة أيام على العجز [ثم][4] أيسر في الرابع، وأعسر في الخامس - فالأظهر - وبه قال الداركي-: أن لها الفسخ، ويكتفى بالإمهال السابق، وهو ما أبداه ابن الصباغ احتمالاً.

وذكر الروياني وجهًا: أنه يمهل مرة[5] أخرى، قال: وهذا إذا لم يتكرر، فإن تكرر لم يمهل؛ [لأنها لا تعد إمهالاً][6] .

قال: ولو أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط - لم تفسخ، قال الماوردي: وهذا

= وهذه المسالة التي ذكرها في آخر الكلام غلط تصويرًا وتعليلًا، وبيانه يتوقف على مسألة ذكرها عقب هذه المسألة فقال: الرابعة لو مضى يومان بلا نفقة ووجد نفقة اليوم الثالث وسلمها، وعجز في الرابع فيستأنف المدة أو يبني؟ فيه وجهان: أظهرهما البناء، فعلى هذا يصبر يومًا آخر، ويفسخ في اليوم الذي يليه. هذا كلامه.

إذا علمت ذلك؛ ظهر لك غلط ما تقدم؛ فإن عدم إجابة المرأة إلى أخذه عن أحد الثلاثة، وتعليله بأن الاعتبار بقصد المؤدي إنما يستقيم أن لو كان منه نفع للمرأة وليس كذلك؛ لأنا لو أجبنا المرأة لصار الرابع ثالثًا، وحينئذ فلا يفسخ إلا صبيحة الغد؟ لضرورة استكمال الثلاث، بل لا يفسخ إلا بعد تجديد الإمهال على وجه كما سبق، وكذلك الحكم لو حسبناها عن الرابع، وأعسر عن نفقة الغد؛ فإنها تفسخ من غير تجديد للمدة على الأصح؛ كما ذكره الرافعي والمصنف بعد ذلك.

واعلم أن الرافعي قد وقع له هذا الغلط على كيفية هي أفحش مما وقع للمصنف؛ كما نبهت عليه في «المهمات»، فتابعه عليه في الكتاب، وقد ذكر الإمام الغزالي المسألة على الصواب، فإنهما صوراها بما إذا سألت المرأة أن يأخذ ذلك عن نفقة ماضية ويفسخ الآن، والتصوير المذكور صحيح لا اعتراض عليه. [أ و].

(١) في د: مما.
(٢) في أ: توجد.
(٣) في د: فليفق.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: لامرأة.
(٦) في د: إمهالًا بعد إمهال.

مجمع عليه، ولم يصر دينًا في ذمته؛ لأن ما زاد على المد غير مستحق مع الإعسار.

وكذا لو منعها من القدر الزائد على المد، وهو واجب عليه - لم يثبت لها حق الفسخ، لكن يصير دينًا في ذمته.

قال: وإن أعسر بنفقة الخادم لم تفسخ؛ لأن الخدمة مستحقة للدعة والترفه، ويمكن تحمله، ويقوم البدن بدونه؛ فجرى مجرى المد الثاني من المستحق باليسار[1] ؛ بخلاف نفقتها.

وقيل: لها الفسخ؛ لأنها نفقة مستحقة بالنكاح؛ فأشبهت نفقة المخدومة.

قال ابن يونس: وليس بشيء.

قال: ويصير ذلك دينًا في ذمته؛ لأنه مستحق عليه، مع الإعسار.

وفرق البندنيجي بينه وبين القدر الزائد على المد بأن ذلك معتبر به، واعتبار نفقة الخادم بها.

وفي «التتمة»: أنها لا تصير دينًا في ذمته.

ولا فرق - على المذهب - بين أن تخدم نفسها أو تستأجر من يخدمها أو تنفق على خادمها، لكن إذا كان الخادم مملوكًا، رجعت عليه عند اليسار بنفقته، وإن كان حرًّا، فبأجرته؛ وإن باشرت[2] هي الخدمة، فبأقل الأمرين؛ كذا قاله الماوردي.

قال: وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ؛ [لأنه لا يقوم بدنها إلا بأمر يقيها الحر والبرد؛ فثبت لها الفسخ كالنفقة. وفيه وجه.

قال: وإن أعسر بالأدم لم تفسخ؛ لأنه تابع، والنفس تقوم بدونه.

وفيه وجه لمعسر: الصبر على الخبز البحت دائمًا، وبه قال الداركي، ورجحه الروياني، والأول أصح عند الإمامين أبي حامد والقفال وغيرهما، وتابعهما الإمام والغزالي والفراء.

وقال الماوردي: إن كان قوتها ينساغ للفقراء أكله على الدوام بغير أدم؛ لم تفسخ، وإن كان لا ينساغ أكله على الدوام إلا بأدم؛ فسخت، وإذا لم تفسخ؛ بقي ذلك في ذمته.

---

(١) في أ: بالياء.

(٢) في أ: ناشزت.

قال: وإن أعسر بالسكنى احتمل أن تفسخ][1] لتضررها بعدمه، واحتمل ألا تفسخ؛ لأن النفس تقوم بدونه، فإنها لا تعدم مسجدًا، أو موضعًا مباحًا؛ وهذا ما حكاه الشيخ أبو علي [عن الشيخ أبي حامد سماعًا، ورجحه صاحب «التهذيب».

فعلى هذا: هل يبقى في ذمته؟ فيه وجهان في «التتمة» وأصحهما: أنه لا يبقى، والأول هو الأصح عند الرافعي والقاضي الروياني واختاره الشيخ أبو علي][2] ولم يحكِ ابن الصباغ غيره؛ لأن الإنسان لا بد له من كن يئويه، ومن الحر والبرد يقيه، والحوالة على المسجد كالحوالة في النفقة على السؤال [والتقاط السابل][3].

قال: وإن كان الزوج عبدًا، وجبت النفقة [في كسبه][4] **إن كان مكتسبًا، أو فيما في يده إن كان مأذونًا [له][5] في التجارة**، فإن لم يكن مكتسبًا ولا مأذونًا له في التجارة - ففيه قولان:

أحدهما: في ذمة السيد، وهذا هو القديم.

والثاني: في ذمة العبد يتبع بها إذا أعتق، وتعليل ذلك، وما يترتب عليه ويتفرع مذكور في كتاب الصداق، فيطلب منه.

وحكى الماوردي - عوضًا عما حكيناه عن القديم-: أنها تتعلق برقبته[6]، فيباع فيها إلا أن يفديه[7] السيد.

قال: ولها أن تفسخ إذا شاءت - أي: على القول الثاني - لتضررها؛ كزوجة الحر.

ويجيء فيه القول المحكي عن المراوزة في أنه لا فسخ بسببها، والله - عزوجل - أعلم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: والسائل.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: ترقيته.
(٧) في أ: يقدمه.

باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم

يجب على الأولاد نفقة الوالدين - أي: بكسر الدال - وإن علوا، ذكورًا كانوا أو إناثًا؛ أي إذا [كانوا][1] أحرارًا.

الأصل في وجوب نفقة الأبوين من الكتاب آيات: منها قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، ومن المعروف القيام بكفايتهما. وقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾ [العنكبوت: ٨]، ومن الإحسان إليهما النفقة. وقوله: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] مبالغة في برهما.

ومن السنة: ما روى [الأعمش][2]، عن إبراهيم، عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «أَطْيَبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَوَلَدُهُ من كَسْبِه»[3] يدل عليه قوله تعالى: ﴿مَآ أَغْنَىٰ عَنْهُ مَالُهُۥ وَمَا كَسَبَ﴾ [المسد: ٢]، يعني: ولده.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) أخرجه أحمد (٦/ ٢٢٠)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/ ٨٤٨) برقم (١٥٠٧)، والنسائي (٧/ ٢٤١) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٢/ ٧٢٣) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، برقم (٢١٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والقضاعي في مسند الشهاب (٢/ ١٢٠) برقم (١٠١٢)، من طريق الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ ... الحديث.
وأخرجه أحمد (٦/ ١٢٧)، وأبو داود (٢/ ٣١١) كتاب الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٨)، والترمذي (٣/ ٦٣٠، ٦٣١) كتاب الأحكام، باب: ما جاء في أن الوالد يأخذ من مال ولده، برقم (١٣٥٨)، والنسائي (٧/ ٢٤٠) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٢/ ٧٦٨) كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، برقم (٢٢٩٠)، وابن حبان (١٠/ ٧٢) برقم (٤٢٥٩)، والحاكم (٢/ ٤٦)، من طريق عمارة بن عمير عن عمته عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ ... الحديث.
ولفظ الترمذي وابن ماجه: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم».
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
وصححه أبو حاتم وأبو زرعة الرازيان فيما نقله ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٦٥)، وابن حبان، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

ويعضده [أنه][(١)] روى ذلك في متن الحديث، وفيه: «فَكُلُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ»[(٢)].

وروى حماد، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ أَوْلَادَكُم هِبة مِنَ اللهِ لَكُمْ، يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، وَأَمْوَالُهُمْ لَكُمْ إِذَا احْتَجْتُمْ إِلَيْها»[(٣)].

فإذا ثبت وجوب نفقة الوالدين، ألحقنا بهما آباءهما وأمهاتهما، إن لم يدخلوا في عموم ما ذكر، كما ألحقوا بهما في عتقهم بالملك، وسقوط القود عنهم بالقتل، ورد الشهادة؛ لوجود البعضية.

قال: وعلى الوالدين نفقة الأولاد وإن سفلوا؛ ذكورًا كانوا أو إناثًا، أي: إذا كانوا أحرارًا.

والأصل في وجوب نفقة الأولاد على الآباء من الكتاب آيات، منها: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] يعني: المطلقات، فلما لزمت أجرة الرضاع؛ كان لزوم النفقة أحق.

وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ [الإسراء: ٣١] فلولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية إملاق من النفقة.

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٢٠٢،١٢٦)، وأبو داود (٢/ ٣١١) كتاب الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٩)، والحاكم (٢/ ٥٢) كتاب البيوع، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، من حديث أم المؤمنبن عائشة رضي الله عنها.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٣) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (١٠/ ٣٢٨٠) برقم (١٨٤٩١)، والحاكم (٢/ ٣١٢) كتاب التفسير، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٤٨٦).
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه هكذا إنما اتفقا على حديث عائشة: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه».
قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٣١٠):
وفي رواية للحاكم: «إنَّ أولادكم هبة الله لكم يهبُ لمن يشاء إناثا ويهبُ لمن يشاء الذكور، وأولادكم وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها» ثم قال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه هكذا، إنما اتفقا على حديث «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه» هذا لفظه وهو عجيب منه؛ فلم يخرجه واحد منهما، والزيادة وهي «إذا احتجتم إليها» رواها البيهقي وقال: ليست بمحفوظة، وقال أبو داود: إنها منكرة. اهـ

ومن السنة: ما روى الشافعي بإسناده، عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إِنَّ مَعِيَ دِينَارًا؟ فقال: أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ». قال: معي آخر؟ قال: «أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ»[(١)] .

وما روى مسلم عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: دخلت هند بنت عتبة على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح ما يعطيني ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير إذنه[(٢)] ؛ فهل عليّ في ذلك [منْ][(٣)] جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: «خُذِي مِنْ مَالِهِ [بِالْمَعْرُوفِ][(٤)] مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ»[(٥)] .

وما روى النسائي في حديث طويل: «وابْدأَ بِمَنْ تَعُولُ»، فقيل: من أعول يا رسول الله؟ قال: «امْرَأَتُكَ تَقُولُ: أَطْعِمنِي وَإِلَّا[(٦)] فَارِقْنِي، خَادِمُكَ يَقُولُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْني، وَلَدُكَ يَقُولُ: إِلَى مَنْ تَتْرُكُنِي»[(٧)] .

فإذا ثبت وجوب نفقة الولد على الوالد ألحقنا به أباه وإن علا، إن لم يتناوله إطلاق ما ذكرناه؛ لأنه لما قام مقام الأب في الولاية وما ذكر من الأحكام، وجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة.

وأما وجوبها على الأم؛ فلأن البعضية فيها محققة، وفي الأب مظنونة، فلما تحملت بالبعضية المظنونة كان تحملها بالمتيقنة[(٨)] أولى.

وأما وجوبها على أبيها وأمها؛ فلأنه حق واجب بالقرابة المحضة، لا يعتبر فيه التعصيب؛ فاستوى فيه القريب والبعيد، والوارث وغير الوارث، والعصبة وغير العصبة؛ كالعتق بالملك، ورد الشهادة.

وفي الأم وجه: أنه لا تجب عليها النفقة بحال.

والمشهور الأول.

ولا فرق في ذلك بين الوارث وغير الوارث، ولا بين الموافق له في الدين والمخالف.

وقيل: لا تجب على المسلم نفقة الكافر.

والفرق - على المذهب - بين النفقة والميراث: أن الميراث يجب؛ لأجل

---

(١) تقدم.
(٢) في د: علمه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) تقدم.
(٦) في أ: أو.
(٧) تقدم.
(٨) في أ: بالشفقة.

الموالاة والمناصرة، وهي منقطعة باختلاف الدين.

وأما النفقة [فتجب][١] بالقرابة والملك والزوجية؛ فإنها[٢] محققة، مع اختلاف الدين.

فائدة تقدم الوعد بها: استنبط الأصحاب من حديث هند [غير] [٣] وجوب نفقة الزوجة والولد - ثلاثة عشر حكمًا:

أن صوتها ليس بعورة.

وأنه يجوز لمن منع حقه أن يشكو، أو يتظلم.

وأنه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه[٤] عند الحاجة؛ فإنها وصفته بالشح.

وأنه يجوز لمن له حق على غيره -وهو ممتنع- أن يأخذ من ماله بغير إذنه.

وأنه لا فرق بين أن يكون من جنس حقه، أو من غيره.

وأنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، وعلى الغائب.

وأجيب عنهما: بأنه أفتى، ولم يقض.

وأن للأم [طلب][٥] نفقة الولد [قاله القاضي الحسين.

وأنها تأخذ نفقة الولد] [٦] من مال الوالد، إذا كانت [يدها تمتد][٧] إليه.

وأبعد بعض الأصحاب، فلم يثبت لها ذلك إلا أن يفوض القاضي ذلك إليها، ورأى قول رسول الله ﷺ تسليطًا منه لها على الأخذ بمثابة تسليط القاضي.

فعلى هذا: ليس لها أن تقترض[٨] عليه، وعلى الأول هل يجوز؟ فيه وجهان.

وأنها تكون قيمة بالولد؛ فإنه جوز لها الأخذ والإنفاق في حياة الأب لامتناعه؛ فكذلك بعد موته.

وأنه يجوز أن يذكر المرء بالكنية عند العظيم[٩] من الناس.

وأنه يجوز للإمام أن يستمع إلى أحد الخصمين، دون الآخر. قالهما القاضي الحسين.

وأنه يجوز [للمرأة][١٠] أن تخرج من بيتها؛ لتستفتي، قاله الرافعي، وفيه نظر؛ فإن هندًا خرجت عام الفتح متقدمة على سائر النساء؛ لما نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وأنها.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: يسره.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: يديها.
(٨) في د: تفوض.
(٩) في د: التعظيم.
(١٠) سقط في أ.

ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ﴾ [الممتحنة: ١٢]، فقال النبي ﷺ: «أُبَايِعُكُنَّ عَلَى أَلَّا تُشْرِكْنَ باللهِ شَيْئًا»، فقالت هند: لو أشركنا بالله شيئًا ما دخلنا في دين الإسلام، فقال: «أُبَايِعُكُنَّ عَلَى أَلَّا تَقْتُلْنَ أَوْلَادَكُنَّ»، فقالت هند: هل تركتم لنا من ولد؟! ربيناهم صغارًا فقتلتموهم كبارًا، فقال: «أُبَايِعُكُنَّ عَلَى أَلَّا تَزْنِينَ»، فقالت هند: أفٍ أو تزني الحرة؟! فقال: «أُبَايِعُكُنَّ عَلَى أَلَّا تَسْرِقْنَ شَيْئًا»، فقالت هند: إن أبا سفيان رجل شحيح...»[1] الحديث.

وظاهر الحال يدل على أنها لم تخرج لتستفتي؛ فكيف يحسن الاستدلال به على ذلك؟!

قال: فأما الوالدون فلا تجب نفقتهم إلا أن يكونوا فقراء زمنى أو فقراء مجانين؛ لتحقق الحاجة حينئذ، فلو كان لهم مال لم تجب؛ لأنها مواساة؛ فتجب مع الحاجة، وتسقط مع القدرة على الكفاية، وكذا لو كان مكتسبًا بيده.

وحكم العجز بالمرض والعمى - عند صاحب «التهذيب» - حكم العجز بالزمانة.

قال: فإن كانوا فقراء أصحاء[2]، أي: ولم يكونوا ممن يكتسبون بأيديهم، والفرع بهذه المثابة - ففيه قولان:

أصحهما: أنها لا تجب، للقدرة على الكسب؛ إذ هو نازل منزلة المال بدليل الزكاة.

والثاني: أنها تجب؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من الصحبة بالمعروف أن يكلفهما الكسب ما لم تجر به عادتهما، مع كبر السن.

وفي «النهاية»: أن المذهب المعتد به: القطع بأن عدم الكسب ليس بشرط،

---

(١) أخرجه بنحوه أبو يعلى (٨/ ١٩٥) برقم (٤٧٥٤) قال: حدثنا نصر بن علي، حدثتني غبطة أم عمرو - عجوز من بني مجاشع - حدثتني عمتي - عن جدتي عن عائشة قالت: جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة إلى رسول الله ﷺ لتبايعه، فنظر إلى يديها فقال لها: «اذهبي فغيري يدك» قال: فذهبت فغيرتها بحناء ثم جاءت إلى رسول الله ﷺ فقال: «أبايعك على أن لا تشركي بالله شيئا ولا تسرقي ولا تزني» قالت: أو تزني الحرة؟ قال: «ولا تقتلن أولادكن خشية إملاق» قالت: وهل تركت لنا أولادًا نقتلهم؟ قال: فبايعته ثم قالت له وعليها سواران من ذهب: ما تقول في هذين السوارين؟ قال: «جمرتان من جمر جهنم».
قال الهيثمي في المجمع (٦/ ٣٧): «رواه أبو يعلى وفيه من لم أعرفهن».
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٤/ ١٥١): وفي إسناده مجهولات.

(٢) في أ: أصحاري.

وحكاية طريقة قاطعة [بالوجوب][(١)].

فرع: قدرة الأم على النكاح مع كثرة الطلاب، لا تسقط عن الابن نفقتها.

نعم لو تزوجت، سقطت نفقتها بالعقد ولو كان الزوج معسرًا إلى أن تفسخ النكاح؛ [كي لا][(٢)] تجمع بين نفقتين.

ولو نشزت، وهي في عصمة زوج، لا تستحق النفقة على الولد؛ لقدرتها على النفقة؛ بطاعة الزوج حكى[(٣)] ذلك الماوردي.

والأب الرقيق لا تجب نفقته على ولده، بل على السيد؛ وكذلك المكاتب، بل في كسبه.

وفي المكاتب احتمال وجه - أبداه الماوردي-: أن نفقته تجب على الولد؛ لسقوط نفقته بالكتابة[(٤)] عن سيده .

ومن نصفه حر ونصفه رقيق فيه وجهان:

أحدهما: تجب عليه نصف نفقته.

والثاني: لا تجب.

حكاهما القاضي الحسين وغيره.

فرع: إذا كان الابن معتوهًا، هل للأب أن يأخذ قدر نفقته من ماله، أو لا بد من أن يأذن الحاكم لغيره ليدفعها إليه؟ فيه وجهان، والأصح في «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا يحتاج إلى غيره؛ كما في الولد الصغير.

قلت: والذي يظهر: أن ذلك محمول على ما إذا بلغ عاقلا، ثم حصل له العته، فإن في عود ولاية الأب على ماله خلافًا مذكورًا في موضعه.

أما إذا اتصل عتهه بصباه، فالذي يظهر: أنه يجوز وجهًا واحدًا؛ لأن ولايته مستمرة؛ كما في حال الصبا.

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: لئلا. (٣) في أ: على.

(٤) قوله: والمكاتب لا يجب نفقته على ولده بل في كسبه، وفيه احتمال وجه أبداه الماوردي أن نفقته تجب على الولد لسقوط نفقته بالكتابة. انتهى كلامه.

وهو يقتضي أنه لم يظفر بمقالة جازمة بوجوبها على الابن وهو غريب؛ فقد جزم الرافعي بذلك في أوائل قسم الصدقات، وتبعه عليه النووي في الروضة، وفيه شيء مذكور في «المهمات»، ثم إن الماوردي حكى عدم الوجوب أيضًا احتمالًا، ولم يرجح أحدهما على الآخر، وقد حكاه الرافعي عنه حكاية واضحة مطابقة، ولم يحكه المصنف على وجهه، ثم إنه مطالب بمستنده في عدم الوجوب. [أ و].

تنبيه: زمنى - مقصور، يكتب بالياء-: جمع «زمن».

قال: وأما الأولاد فلا تجب نفقتهم إلا أن يكونوا فقراء زمنى، أو فقراء مجانين، أو فقراء أطفالاً؛ أي لا يتهيأ منهم العمل؛ لأن الله -تعالى- نص على وجوب كفاية الأطفال بقوله: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إلى آخرها؛ وذلك لعدم القدرة على الاكتساب، والمجانين والزمنى كذلك؛ فألحقوا بهم.

وأوجب أبو ثور النفقة مع اليسار.

قال: فإن كانوا [أصحاء بالغين][١]، أي: غير مكتسبين بأيديهم والأصل بهذه المثابة لم تجب نفقتهم؛ لأن الأصل في وجوب نفقة القرابات الصبا، وألحق به الزمانة والجنون؛ لمشابهتهما حالة الصبا [وإذا][٢] كانوا أصحاء متمكنين من الحيلة والتكسب - خرجوا عن أن يكونوا ملحقين بالصبيان.

قال: وقيل: فيه قولان كالأب، وهذا الطريق أظهر عند الرافعي.

وقد أجريت الطريقة الأولى في الأب أيضًا، لكن الفرق - على ما حكاه الشيخ وجماعة - أن حرمة الوالد [آكد][٣] من حرمة الولد، بدليل: وجوب إعفافه، وعدم وجوب القصاص عليه بقتله، فتأكد وجوب نفقته؛ لقبح تكليفه اكتساب النفقة مع قدرته عليها، والطفل إذا بلغ إلى حد يقدر على الاكتساب فيه، حكمه في هذا المعنى حكم البالغ، حتى يفصل فيه بين أن يكون [ممن يليق به الاكتساب بيده أم لا، هكذا قاله الرافعي.

وفي «النهاية»: أنه لا يشترط أن يكون][٤] الولد عاجزًا عن الكسب[٥]، بل اتفق الأصحاب على أن استكسابه وإن كان يرد مقدار نفقته، فعلى الأب الإنفاق عليه، مع أنه لا خلاف أن الأب لو أراد أن يعلمه بعض الحرف[٦]؛ لاستصلاح معاشه، والنظر في عاقبة أمره - فله ذلك، وإذا علم حرفة،فكيف ينتظم في النظر تعطيلها، وقد ينساها إذا تركها؟! وإذا كان يتجه لهذا الرأي إعماله، فأي معنى لإحباط منفعته؟! وقد رأيت لبعض الأصحاب أنه ليس للأب أن يجشم ولده الكسب، وهذا ثُلمة عظيمة.

---

(١) في أ: أصحابًا لغير.
(٢) في أ: فإذا.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: التكسب.
(٦) في أ: الحروف.

نعم: إن كان ذلك يحط من منصبه، فليس له ذلك.

وعلى الجملة: ما اتفق عليه الأصحاب من وجوب نفقته على الأب، مع كونه كسوبًا تأثيره يظهر فيما إذا ترك الاكتساب بالهروب، أو لم يطعه، مع تكليفه، فلما جاع - عاد طالبًا للنفقة؛ فإنه تجب نفقته؛ بخلاف البالغ(١).

وما ذكرناه من الطرق هو المشهور للأصحاب، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب.

ومنهم من وضع الخلاف [أولاً](٢) في اشتراط العجز عن الكسب اللائق به، ثم قال: إن شرط ذلك ففي اشتراط العجز عن كل كسب بالزمانة وجهان، ورأوا الأعدل والأقرب: الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الاكتساب، وإجراء النفقة، مع القدرة على الكنس(٣) وحمل القاذورات، وعلى ذلك جرى الإمام والغزالي.

قال الرافعي: وهذا حسن.

فرع: لو كان مال الولد غائبًا، فعلى الوالد أن ينفق عليه قرضًا موقوفًا:

فإن قدم ماله سالمًا - رجع الأب بما أنفق عليه، سواء أنفق بإذن الحاكم أو بغير إذنه، إذا قصد الرجوع؛ لأن أمر الوالد في حق ولده أنفذ من حكم الحاكم.

وإن هلك مال الولد قبل قدومه، لم يرجع عليه بما أنفق من حين تلف المال؛ لأنه بان أن نفقته واجبة عليه، حكاه الماوردي.

تنبيه: اقتصار الشيخ من الأقارب على ذكر الأصول والفروع، مع شمول الاسم لغيرهما(٤) - يعرفك أن [هذا](٥) الحكم مختص بهما، ولا يتعداهما إلى غيرهما.

وقد خالف أبو ثور في وجوب نفقة الولد على الوارث؛ استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وأشار الشافعي إلى الجواب عن ذلك بأنها لو كانت على الوراثة لوجب على الأب ثلثا نفقة الولد، وعلى الأم الثلث، وقد قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، فقد قال ابن عباس: ألا تضار الأم بانتزاع الولد منها.

---

(١) في د: البائع.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: الكلب.
(٤) في د: لغيرها.
(٥) سقط في أ.

ثم النفقة الواجبة بالقرابة قدر الكفاية؛ لحديث هند، فيعطى من الطعام ما يستقل به، ويتمكن من التردد والتصرف به، ولا يقتصر معه على ما يسد الرمق، ولا ينتهي بما يعطى إلى [حد الشبع.

وقال ابن خيران: إنها تتقدر بما تتقدر به نفقة الزوجة][١].

والظاهر المشهور: الأول؛ لأنها تجب على سبيل المواساة؛ لتزجية الوقت، ودفع حاجته الناجزة، فيعتبر أصل الحاجة وقدرها.

ولا يشترط انتهاؤه إلى حد الضرورة.

وهل المعتبر كفاية مثله أو كفايته في نفسه؟ وفيه شيء سأذكره في آخر الباب.

ويجب لها مع الطعام الإدام؛ كي لا تختل القوى.

وفي «التهذيب» ما ينازع في وجوب الإدام.

وتجب له الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال، وإذا احتاج إلى الخدمة، وجب مؤنة الخادم - أيضًا - وكذا لو احتاج إلى الدواء وأجرة الطبيب وجب، قاله الرافعي في قسم الصدقات.

قال: ومن وجبت نفقته وجبت نفقة زوجته - أي: أبًا كان أو ابنًا - لأن ذلك من تمام الكفاية، وهذا ما حكاه القاضي أبو حامد [وغيره وجهًا، ونسبه صاحب «الإكمال» إلى الشيخ أبي حامد][٢]، واستبعده القاضي الروياني، والأظهر في نفقة زوجة الابن: أنها لا تجب، وادعى صاحب «الإكمال»: أن عليه معظم الأصحاب.

والفرق أن الابن يجب عليه أن يعف أباه؛ فوجب عليه أن ينفق على زوجته؛ إذ لو لم يجب ذلك - لاختارت الفسخ، ووجب عليه أن يزوجه بامرأة أخرى، وهكذا فلا يحصل القيام بالواجب، والابن لا يجب إعفافه؛ فانتفى هذا المعنى.

وما ذكره في الأب مفروض في الزوجة الواحدة، أما لو كان له زوجتان فأكثر فالأصح: أنه تجب نفقة واحدة منهما يدفعها إلى الأب.

وفي «البسيط» وجه: أن نفقتهما[٣] تسقط.

وكما تجب نفقة زوجة القريب تجب كسوتها.

قال في «التهذيب»: ولا يجب الإدام، ولا نفقة الخادم؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في أ. (٣) في د: نفقتها.

قال الرافعي: وقياس ما ذكر من أن الابن يتحمل ما وجب على الأب وجوبهما؛ لأنهما واجبان على الأب مع إعساره.

وحكم أم ولد القريب حكم زوجته.

ولو كان للوالد[1] أولاد ففي «التتمة»: أنه يجب على الابن الإنفاق عليهم من جهة أن نفقتهم واجبة على الأب[2]، فيتحملها عنه كنفقة الزوجة، والظاهر: عدم الوجوب، والفرق: أن نفقة الأولاد لا تجب مع الإعسار؛ بخلاف نفقة الزوجة، ولأنه لو لم ينفق على زوجته لفسخت النكاح؛ فيتضرر الأب.

قال: ولا تجب نفقة الأقارب على العبد؛ لأنه أسوأ حالاً من المعسر، وهي لا تجب عليه.

والفرق بينها وبين نفقة الزوجة من وجهين:

أحدهما: أنها تجب بطريق المعاوضة، والعبد من أهل المعاوضة، ونفقة القريب [تجب][3] مواساة، والعبد ليس من أهل المواساة.

والثاني: أن نفقة الزوجة تجب مع اليسار والإعسار؛ فوجبت على العبد مع إعساره، ونفقة القريب تجب في حال اليسار؛ فسقطت عن العبد بإعساره.

قال: ولا تجب على المكاتب؛ لأنها مواساة، وليس من أهلها؛ لأن ما في يده إما غير مملوك له - كما حكيناه من قبل - أو مملوك مستحق في كتابته؛ فصار باستحقاقه[4] فقيرًا.

قال: إلا أن يكون له ولد من أمته؛ فتجب نفقته - [أي:][5] سواء أولدها بإذن السيد أو بغير إذنه - لأنه تابع له إن عتق[6] وعائد إلى سيده إن رق؛ فالنفع[7] عائد إلى من له الملك.

ويلتحق بذلك ولد المكاتبة من النكاح إذا قلنا: إنه تابع لها، وتجب قيمته إذا قتل[8] لها، أما إذا قلنا: إنه مملوك للسيد، أو تكون قيمته للسيد إذا قتل[9]، مع القول بأنه تابع لها - فلا ينفق عليه؛ [لأنها واجبة على السيد.

ولو كان أبو الولد مكاتبًا، فإن كان من غير سيدها - لم يجز أن ينفق

---

(١) في أ: للأولاد.
(٢) في أ: الابن.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: استحقاقه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: أعتق.
(٧) في أ: فانفع.
(٨) في د: قيل.
(٩) في د: قيل.

عليه][1] ، وإن كان من سيدها، وقلنا: إنه مملوك للسيد - أطلق الأصحاب القول بجواز [الإنفاق][2] عليه.

قال الرافعي: ولا يصح [القول][3] بتجويز [الإنفاق] [4] من ماله على ملكه بغير إذنه.

وإن قلنا: إنه يتبعها، فلا؛ لاحتمال أن يعتق أحدهما دون الآخر.

ومن نصفه حر ونصفه رقيق إذا كان يقدر [على النفقة][5] بما اكتسبه بنصفه الحر: هل تلزمه نفقة القريب؟ فيه قولان محكيان في «تعليق» القاضي الحسين.

وقال في «البسيط»: الظاهر أنها تلزمه. وهو ما جزم به في «الوسيط»؛ لأنها كالغرامات.

وهل تلزمه نفقة تامة، أو نصف القيمة؟ حكى ابن كج والقاضي الحسين في ذلك وجهين.

قال: ولا تجب إلا [على][6] **من فضل عن نفقته ونفقة زوجته** - أي: في يومه وليلته - لما روي عن جابر أن النبي ﷺ قال: «ابْدَأْ بِنَفسِكَ تَصَدَّقْ عَلَيْهَا، فَإِنْ فَضَلَ شَيءٌ فَلأَهْلِكَ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَهْلِكَ شَيءٌ فَلِذِي قَرَابَتِكَ»[7] خرجه مسلم.

والمعنى في تقديم[8] نفقة الزوجة على القريب: أنها تجب لحاجته؛ فقدمت كنفقة نفسه.

ولأنها تجب بطريق [المعاوضة][9]؛ فقدمت على ما يجب بطريق المواساة.

واعترض الإمام بأنها إذا كانت كذلك كانت نفقتها كالديون، ونفقة القريب في مال المفلس تقدم على الديون، وخرج لذلك احتمالاً في المسألة، وأيده بما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، مَعِي دِيْنَارٌ. فقال: «أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ». فَقَالَ: مَعِي آخَرُ؟ فَقَالَ: «أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ». فَقَالَ: مَعِي آخَرُ؟ فَقَالَ: [«أَنْفِقْهُ عَلَى أَهْلِكَ»[10]][11] ، فقدم نفقة الولد على نفقة الأهل كما قدم نفقته على نفقة الولد.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في د. (٦) سقط في أ.
(٧) أخرجه مسلم (٢/ ٦٩٢، ٦٩٣) كتاب الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث (٤١/ ٩٩٧).
(٨) في أ: تقدم. (٩) سقط في د.
(١٠) تقدم. (١١) سقط في أ.

ويقرب من هذا ما حكاه القاضي الحسين في «التعليق» وجهًا: أن نفقة الأب مقدمة على نفقة الزوجة؛ لأن له سبيلاً إلى إسقاطها بالطلاق.

وفي «التتمة» وجه: أن نفقة الولد الصغير مقدمة على نفقة الزوجة، وإنما لم تجب عند انتفاء الفضل؛ للحديث، وفي «التهذيب» وغيره حكاية وجه: أن نفقة الولد الصغير تجب مع الإعسار، فيقترض، أو يُقْترض(١) عليه إلى اليسار.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه الصحيح من المذهب كنفقة الزوجة؛ لأن ذلك من توابع النكاح وحقوقه، والأظهر الأول.

ويباع في نفقة القريب ما يباع في الدين من المسكن والخادم وغيرهما.

وفي المسكن والخادم وجه كما في الدين.

وإيراد القاضي الحسين في «التعليق» قد يقال: إنه يشعر به؛ فإنه قال: ولا يلزم أحد بنفقة أحد من الأقرباء حتى يفضل عن مؤنته من طعامه ومسكنه وملبسه وما ينام عليه، وما يستعمله في وضوئه وأكله وشربه مما لا غنى لمثله عنه.

وليس كذلك؛ لأنه صرح - قبل ذكر ذلك - بأنه يباع؛ فتعين حمل ذلك على كراء(٢) المسكن. وكيف يباع عقاره؟ فيه وجهان:

أحدهما: يباع منه كل يوم بقدر الحاجة.

والثاني: يستقرض عليه إلى أن يجتمع ما يستكمل(٣) بيع العقار له.

وحكم القدرة على الإنفاق عليه بالاكتساب حكم القدرة بالمال، عند الجمهور.

وفيه وجه: أنه لا يجب كما(٤) في قضاء الدين.

وفي «ابن يونس» حكاية الخلاف فيمن لم تجر عادته بالاكتساب، والجزم بالوجوب فيمن جرت عادته به.

وفي «التتمة»: حكاية الاختلاف في الاكتساب لأجل نفقة الولد، والقطع بعدم وجوبه [كنفقة الوالد](٥) وفرق بأن نفقة الوالد(٦) سبيلها سبيل المواساة، ولا يكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة، وأما الولد فسبب حصوله الاستمتاع؛ فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة للاستمتاع، وهي [نفقة](٧) الزوجة، وهذا يدل على

---

(١) في د: يقرض.
(٢) في د: ذكر.
(٣) في أ: يسهل.
(٤) في أ: مما.
(٥) في د: لنفقة الوالد.
(٦) في أ: الولد.
(٧) سقط في أ.

اعتباره جريان الخلاف في الاكتساب لنفقة الزوجة، وقياس نفقة القريب عليها.

لكن في كلام الإمام وغيره: أن في وجوب الاكتساب لنفقتها وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب، وهي أولى بالمنع؛ لالتحاق نفقتها بالديون.

قال الإمام: وينتظم بحسب ذلك: أنا إذا أوجبنا الاكتساب لنفقة القريب لا نوجب النفقة للقريب الكسوب، وإنما يجري ما قدمناه من الخلاف فيه إذا كان من له النفقة غير كسوب، ومن فيه الكلام كسوبًا.

فرع: إذا كان الولد صغيرًا أو مجنونًا مكتسبًا، والأب أو الجد ممن تجب نفقته لو كان للابن مال - فلهما أن يؤجراه، أو يأخذا من أجرته نفقتهما.

ويجيء في جواز أخذهما النفقة بأنفسهما من مال المجنون الوجه الذي تقدمت حكايته، وفي وجوب استكسابه إشكال الإمام[1] في وجوب نفقته على الأب.

ولا يجب عليه قبول الهبة والوصية؛ صرح بذلك القاضي الحسين.

قال: وإن كان له ما ينفق على واحد - أي: أو بعض نفقته - وله أم وأب، فقد قيل: الأم أحق لزيادة ضعفها وامتيازها عن الأب بالحمل والوضع والرضاع والتربية، وقد روي أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، مَنْ أَبَرُّ[2]؟ قَالَ: «أُمَّكَ»، قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «أُمَّكَ»، قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «أَبَاكَ»[3]، وهذا هو الأصح.

قال: وقيل: الأب أحق؛ مكافأة لتقدمه في وجوب النفقة عليه، مع امتيازه بالعصوبة.

قال: وقيل: يجمع بينهما؛ لاستوائهما في القرابة الموجبة للنفقة.

قال: وإن كان له أب وابن، فقد قيل: الابن أحق؛ لثبوت نفقته بنص القرآن.

وقيل: الأب أحق؛ لزيادة حرمته وهذا هو الأصح عند النووي[4] وفي «الجيلي».

---

(١) في د: للإمام.

(٢) في أ: أثر.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٣٦) كتاب الأدب، باب: بر الوالدين، برقم (٥١٣٩) والترمذي (٤/ ٣٠٩) كتاب البر والصلة، باب: ما جاء في بر الوالدين، برقم (١٨٩٧)، والبيهقي (٨/ ٢) كتاب النفقات، باب: من أحق منهما بحسن الصحبة؟ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. ولفظ أبي داود: قلت: يا رسول الله من أبر؟ قال «أمك ثم أمك ثم أمك، ثم أباك، ثم الأقرب فالأقرب». قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقد تكلم شعبة في بهز بن حكيم وهو ثقة عند أهل الحديث، وروى عنه معمر والنووي وحماد بن سلمة، وغير واحد من الأئمة، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٤) في أ: النواوي.

قال الشيخ أبو حامد: والوجهان إذا كان الابن بالغًا أو مراهقًا، أما لو كان صغيرًا، كان أولى وجهًا واحدًا.

قال ابن الصباغ: والقاضي ذكر ثلاثة أوجه، الثالث: أنهما سواء. ولم يفصل بين الصغير والكبير والطفل.

ونسب الرافعي الثالث إلى اختيار القفال.

وتجري الأوجه في الأب والبنت والأم والابن، وفي الجد وابن الابن، وكذا في الجد والابن على أحد الطريقين، وفي الثاني: يقدم الابن.

قال: **وإن كان له ابن، وابن ابن**، فقد قيل: الابن أحق؛ لابتداء وجوبها عليه، دون نفقة ابن الابن التي انتقلت إليه عن أبيه ولأنه أقرب. وهذا هو الأصح، ولم يحك الماوردي سواه.

قال: **وقيل: يجعل بينهما**؛ لأن الابن لا يمنع [نفقة ابن الابن بدليل حال القدرة؛ فصارا كالابنين أو البنتين، والحكم فيهما الاستواء][1]، اللهم إلا أن يختص أحدهما بمزيد عجز؛ بأن كان مريضًا أو رضيعًا؛ فيقدم، على ما حكاه في «البحر».

وهذا الخلاف يجري فيما لو اجتمع أب وجد.

ولو كان الأبعد زمنًا ففي «التهذيب»: أنه أولى.

فروع:

أحدها: ابن وبنت، الصحيح أنهما كالابنين.

وفيه وجه: أن البنت أولى؛ لضعفها، وهذا إذا استويا، أما لو كان أحدهما صغيرًا لا يقوم بنفسه، والآخر يقوم بها أو أحدهما صحيحًا، والآخر مريضًا - فالصغير والمريض أولى؛ حكاه الماوردي.

الفرع الثاني: ابن بنت[2]، وبنت ابن، حكى الروياني أن بنت الابن أولى؛ لضعفها [وعصوبة][3] أبيها.

الفرع الثالث: أب أب، وأب أم، الأول أولى؛ لاجتماعهما في الدرجة، وانفراده بالتعصيب، فلو اختلفت الدرجة، واستويا في العصوبة، أو عدماها، فالأقرب أولى، وإن كان الأبعد عصبة تعارض[4] القرب والعصوبة؛ فاستويا.

---

(١) في أ: نفقته.
(٢) في د: وبنت.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: بقارض.

الفرع الرابع: جدتان لإحداهما ولادتان، وللأخرى ولادة واحدة - فإن كانا في درجة واحدة فذات الولادتين أولى، وإن كانت أبعد فالأخرى أولى.

ومثل هذا يجري فيما إذا اجتمع في بنت البنت قرابتان، دون بنت [بنت](١) أخرى من غير عصوبة.

تنبيه: حيث قلنا: يوزع الفاضل، فذاك إذا كان يسد مسدًّا، أما إذا لم يسد فالقرعة، وإذا لم يكن ثم من تجب عليه نفقة الموجودين لولا العجز عن تمام نفقتهما، أما إذا كان مثل أن يكون الأب هو العاجز عن نفقة أحدهما [وله أب موسر، وجب على الأب نفقة أحدهما](٢) وعلى أبيه نفقة الثاني، ثم لهما الإنفاق عليهما بالشركة، أو يختص كل واحد منهما بواحد، فإن اختلفوا عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك.

وهكذا الحكم فيما لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما، وللابن(٣) ابن موسر، لكن عند الاختلاف يرجع إلى اختيار الأبوين في النفقة إن استوت نفقتهما.

وإن اختلفت اختص أكثرهما نفقة بمن هو أكثر يسارًا، كذا قالهما في «البحر».

قال الرافعي: والقياس أن يسوى بين الصورتين، بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال: تختص الأم بالابن؛ تفريعًا على الأصح، وهو تقديم الأم على الأب، وإذا اختصت به تعين الأب لإنفاق ابن الابن.

قال: وإن احتاج، وله أب وجد موسران، فالنفقة على الأب؛ لأنه أحق بالمواساة من الأبعد.

قال: وإن كان له أم وأم أم فالنفقة على الأم؛ لما ذكرناه.

وذكر الشيخ هاتين المسألتين؛ ليعرف بهما ما في معناهما، وضابطه: أن كل من أدلى بشخص لا يلاقيه(٤) الوجوب دونه ولا يساويه، وهذا مما لا خلاف فيه، فجد الأب مع الجد كالجد مع الأب، وأم أم الأم مع الأم؛ كأم الأم مع الأم فيما ذكرناه... وهكذا.

قال: وإن كان له أب وأم أو جد وأم، فالنفقة على الأب والجد:

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: للأبوين.
(٤) في أ: تلاقيه.

أما وجوبها على الأب؛ فلقصة[١] هند.

وأما وجوبها على الجد؛ فلأنه مشارك للأب في الولادة والتعصيب، وقد يقع عليه اسم الأب، قال الله -تعالى- ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦]، وقال: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَۚ﴾ [الحج: ٧٨].

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه منسوب إلى القفال: أن الابن البالغ توزع نفقته على أبيه وأمه، دون الصغير؛ لأن وجوب نفقته عليه من أثر الولاية عليه. وعلى هذا: فهل يستويان، أو تجب عليهما أثلاثًا؟ فيه وجهان، والراجح الثاني.

وحكاية وجهين في الجد مع الأم؛ تفريعًا على أن الأب ينفرد بالوجوب:

أحدهما: أنها على الأم دونه.

والثاني: أنها توزع عليهما، وفي كيفية التوزيع الوجهان، والظاهر الأول، وبه يظهر لك أن الأب إذا اجتمع مع الجدة أم الأب كان الوجوب عليه من طريق الأولى، وكذلك إذا اجتمع أب أب، وإن علا مع أم الأم وإن علت.

قال: وإن[٢] **كان له أم أب، وأم أم، فقد قيل: هما سواء**؛ لاستوائهما في الدرجة والأنوثة[٣]، وهذا هو الأصح، وادعى القاضي الحسين أنه الذي عليه أكثر الأصحاب.

قال: وقيل: النفقة على أم الأب؛ لإدلائها بعصبة. هذا ما يوجد في طريق العراق، وهو كذلك في طريق المراوزة - أيضًا - لكن مأخذ العراقيين في الاختلاف النظر إلى التساوي في الدرجة أو إلى الإدلاء بالعصبة، أو القرب بالإدلاء بالعصبة، وهو مطرد عندهم فيما إذا وجدت الجدتان من جهة الأب خاصة، وإذا اجتمع معهما جد في درجتهما، غير جد الأب وإن علا، ومثال ذلك أم أم الأب، وأبو أم أب، وأم أب أب - فعلى الأول: يشتركون في الوجوب، وعلى الثاني: تختص به أم أب الأب.

وقال الماوردي: وأرى وجهًا ثالثًا، وهو عندي أصح: أنه إذا اجتمع فيه مع تساوي الدرجة وارث [وغير وارث][٤] - فإن الوارث أحق بتحملها من غير الوارث، فإن اشتركا في الميراث، تحملها منهم من كان أقرب إدلاء بعصبة، وإن اختلفت رحمهم تحملها الأقرب فالأقرب، وارثًا كان أو غير وارث.

---

(١) في أ: فلصة.
(٢) في د: فإن.
(٣) في د: والأبوية.
(٤) سقط في د.

فعلى هذا: يشترك في تحملها أم أب الأب وأم أم الأب؛ لاشتراكهما في الميراث، ويسقط عن أب أم [الأب][١]؛ لسقوط ميراثه.

قال الماوردي: وعلى هذه الوجوه الثلاثة يكون التفريع. [وأجراه][٢] في الحالة الأولى مع جزمه بتقديم الإرث من أي جهة كان.

ولا يجري ما قاله العراقيون فيما إذا كانت الجدتان من جهة الأم؛ إذ لا يتصور أن يكون فيها[٣] عصبة، والمتبع فيها - عند التساوي - القسمة، وعند التفاوت في الدرجة الأقرب.

ويجيء على[٤] طريقة الماوردي فيما إذا اجتمع أب الأم وأم الأم: أن النفقة تجب على [أم][٥] الأم، دون أب الأم.

وإذا اجتمع أم أم الأم، [وأبو أم الأم][٦]، وأبو أب الأم، وأم أب الأم - فعلى طريق العراقيين يكون عليهم بالسوية، وعلى طريق الماوردي يكون على أم أم الأم؛ لأنها الوارثة من جميعهم، فإن عدمت، وجبت بعدها على أب أم الأم؛ لأنه[٧] أقرب [إدلاءً بوارث][٨]، فإن عدم[٩] وجبت على أب أب الأم، دون أم أب الأم.

والمراوزة لهم طرق في مناط الترجيح عند اجتماع جدتين وجدين من قبل الأب، ومن قبل الأم يتفرع عليها هذه المسألة وغيرها، وجملتها خمس طرق:

إحداها: اعتبار القرب، وإن استويا في القرب، ففي التقديم [بالإرث][١٠] وجهان [فإن استويا في أصل الإرث فيستويان أو تكون النفقة بحسب الإرث؟ فيه وجهان][١١].

والثانية: اعتبار الإرث؛ فإن استويا في الإرث، وأحدهما أقرب، فالنفقة عليه؛ فإن تساويا في القرب، فالنفقة عليهما، ثم يسوي، أو يراعى قدر الإرث؟ فيه وجهان.

وإن كانا غير وارثين، فالنظر إلى الإدلاء بالوارث.

والثالثة: اعتبار ولاية المال في حالة ما، أو الإدلاء بمن له ولاية المال إن عدم ذلك، أو القرب ممن له ولاية المال، إن عدم الإدلاء به.

والرابعة[١٢]: اعتبار الذكورة، فإن كانا ذكرين، أو أنثيين فالاعتبار بالإدلاء

---

(١) في أ: أب.
(٢) في أ: إجرائه.
(٣) في د: فيهما.
(٤) في أ: في.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: وأبو أم أم الأم.
(٧) في أ: لأنها.
(٨) في د: إذ لا توارث.
(٩) في أ، د: عدمت.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في د: الرابعة.

بالذكر، فإن استويا في الإدلاء فالاعتبار[١] بالقرب.

والخامسة: الاعتبار بالإرث والذكورة جميعًا، فإن اختص أحدهما بالمعنيين فالنفقة عليه.

وإن وجدا فيهما، أو لم يوجدا، أو وجد أحدهما في أحدهما، والثاني في الثاني - فيعتبر القرب.

فالقول الأول من مسألة الكتاب قال به من ذهب إلى الطريقة الأولى والثانية والخامسة؛ لانتفاء المرجح.

والقول الثاني قال به من ذهب إلى الطريقة الثالثة والرابعة.

ومما يتفرع على هذه الطرق: إذا كان له أب أب، وأب أم - فعلى الأول: النفقة [عليهما. وعلى أب الأب على الباقي.

وإذا كان له أب أم، وأم أب - فعلى الأول والخامس: النفقة عليهما[٢]][٣] وعلى أم الأب في الباقي.

فرع: إذا كان له جدتان متحاذيتان، ولإحداهما ولادتان فهي أولى، وإن كان لإحداهما ولادتان، والأخرى أم عصبة[٤] - فهما سواء.

تنبيه: سكت الشيخ عن جانب الفروع؛ لاستغنائه بما ذكره في جانب الأصول؛ فإن الابن وولده، والبنت وولدها بمنزلة الأب مع الجد والأم مع الجدة، والابن والبنت إذا اجتمعا بمنزلة الأب والأم؛ فالنفقة واجبة على الابن.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه في البنت مثل الذي حكيناه في الأم.

والبنت مع ابن الابن بمنزلة الأم مع الجد؛ فتكون النفقة على ابن الابن.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنها عليهما بالسوية، ولا يجيء فيهما[٥] ما قيل في الأم: أنه يجب عليها الثلث - على رأي - لأن البنت وابن الابن ميراثهما مستو؛ بخلاف الأم والجد.

وبنت الابن وبنت البنت بمنزلة أم الأم وأم الأب، وفيهما قولان:

أحدهما: التساوي؛ لاستوائهما في الدرجة والأنوثة[٦].

---

(١) في أ: بالاعتبار.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في د: عليها.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: عصبت.
(٥) في د: فيها.
(٦) في د: الأمومة.

والثاني: النفقة على بنت الابن؛ لأنها تدلي بعصبة.

والضابط الذي يتخرج عليه مسائل هذا القسم: أن الموجودين متى استويا في الدرجة والوراثة أو عدمها، والذكورة والأنوثة - فالنفقة عليهما، فإن كان أحدهما غائبًا أخذت[1] حصته من ماله، وإن لم يكن له مال حاضر استقرض عليه.

قال ابن الصباغ: وينبغي إذا لم يجد من يقرض أن يلزم الحاضر أن يقرضه؛ لأن نفقته عليه، إذا انفرد، وهذا ما أبداه القاضي الحسين في «التعليق».

وإن[2] اختلفا، فمن الأصحاب من ينظر إلى القرب أولاً، ومنهم من ينظر إلى الذكورة أولاً.

كل ذلك على ما ذكرناه من قبل، والأظهر - عند الإمام والبغوي وغيرهما-: الطريق الأول، ويدل على قوة القرب أن من اعتبر الإرث أو الذكورة قطع عند استوائهما فيهما بالاعتماد على القرب، والمعتبرون للقرب ترددوا عند استوائهما في الدرجة في أنه[3] هل يعتبر الإرث أو[4] الذكورة؟ واختيار العراقيين من ذلك ما أشرنا إليه، ولنذكر من المسائل ما يظهر لك فائدة الاختلاف في المأخذ:

فمنها: إذا كان له ابن ابن، وابن[5] بنت النفقة [عليهما - إن اكتفينا بالقرب، وعلى ابن الابن على ما عداه.

ومنها: بنت ابن، وابن بنت][6] النفقة على بنت الابن إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة، وهما مذكوران في «الحاوي»، وعليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة، والأوجه الثلاثة مذكورة في «الشامل».

ومنها: بنت، وابن بنت، إن راعينا الذكورة فهي على ابن البنت، وإن راعينا القرب أو الوراثة، فهي على البنت، وقد حكاهما في «المهذب».

فرع: لو كان له ابن وولد خنثى مشكل، فإن قلنا عند اجتماع الابن والبنت: النفقة عليهما؛ فكذلك هاهنا، وإن قلنا: النفقة على الابن فوجهان:

أحدهما: النصف على الابن، والنصف الآخر يستقرضه الحاكم، فإن بان أنه ذكر، وجب عليه، وإلا فالرجوع على الابن، كذا قاله الرافعي.

والأولى أن يقال: وإن بان أنه أنثى رجع به على الابن؛ لأنه قد لا يظهر أنه ذكر ولا أنثى، ويستمر إشكاله.

---

(١) في أ: أجدت.
(٢) في أ: فإن.
(٣) في أ: أن.
(٤) في أ: و.
(٥) في أ: وأبو.
(٦) سقط في د.

وأظهرهما - وهو ما حكاه ابن الصباغ -: أنه يؤخذ الجميع من الابن[1]؛ لأنه بصدد أن يكون الجميع عليه، فهو أولى بالمطالبة.

وحكى الماوردي - بدل الوجه الأول - أنها عليهما نصفين بالسوية، فإن بان أنه أنثى رجعت عليه بما أنفقت.

فرع: لو كان له بنت وولد خنثى، إن قلنا لو اجتمع الابن والبنت - تكون النفقة عليهما، فكذلك هاهنا، وإن خصصناها بالابن فوجهان:

أحدهما: الإنفاق على الخنثى؛ لاحتمال كونه ذكرًا، فإن بان أنه أنثى رجعت على أختها بالنصف.

والثاني: لا يؤخذ منه إلا النصف؛ لأنه المستيقن، ويؤخذ من البنت النصف، فإن ثبتت ذكورته رجعت بما أنفقت عليه.

قال ابن الصباغ: وهذا أقيس، والله أعلم.

وقد بقي قسم ثالث، وهو اجتماع واحد من الأصول وواحد من الفروع، قال الأئمة: يجيء فيه الطرق؛ فيقدم الأقرب في طريق، والوارث في طريق، والولي في طريق، والذكر في طريق.

وإذا وجبت النفقة على وارثين، فيجيء الخلاف في أن التوزيع يكون بالسوية أو بحسب الإرث، وتفصيل هذه الجملة[2] بذكر صورٍ:

أب وابن، فيه ثلاثة أوجه، حكاها ابن الصباغ:

أحدها: أن النفقة على الأب؛ لأنها ثابتة بالنص، ويحكى هذا عن اختيار أبي عبد الله الحسين.

---

(١) قوله: فرع: لو كان له ابن وولد خنثى مشكل، فإن قلنا: عند اجتماع الابن والبنت النفقة عليهما، فكذلك هنا وإن قلنا: النفقة على الابن فوجهان:
أحدهما: النصف على الابن والنصف الآخر يستقرضه الحاكم، فإن بان أن الخنثى ذكر وجب عليه وإلا فالرجوع على الابن؛ كذا قاله الرافعي.
والأولى أن يقال: وإن بان أنه أنثى رجع به على الابن لأنه قد لا يظهر أنه ذكر ولا أنثى ويستمر إشكاله.
وأظهرهما أنه يؤخذ الجميع من الابن. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أنه إذا استمر إشكاله إلى الموت لا يرجع به على الابن، والصواب ما اقتضاه كلام الرافعي؛ لأنه لا يمكن تفويت ذلك على من اقترض منه، وقد تيقنا أهلية الذكر للوجوب، وشككنا في المشارك له، والأصل عدمه. [أ و].

(٢) في د: الحكمة.

والثاني: [على][١] الابن؛ لأن عصوبته أقوى، ولأنه[٢] أولى بالقيام بشأن أبيه؛ لعظم حرمته، وهذا أظهر في «الحاوي»، وأصح عند البغوي والروياني[٣]، واختيار صاحب «التلخيص».

والثالث: أنها عليهما؛ لاستوائهما في القرب، وهذا والذي يليه هما المذكوران [في «الحاوي»، وهو والأول هما المذكوران][٤] في تعليق البندنيجي.

وعلى هذه الوجوه ما إذا اجتمع أب وبنت، وما إذا اجتمع جد وابن ابن.

وفي أم وبنت طريقان:

أظهرهما: مجيء الأوجه.

والثاني: القطع بأنها على البنت، ويحكى هذا عن القاضي أبي حامد وغيره، وكأنهم اعتمدوا في الإيجاب على الأب معنى الولاية، واستصحاب ما كان في الصغر[٥] والذكورة؛ وكذا الخلاف فيما لو اجتمع الابن والأم.

ويجري الطريقان في جد وابن، وطريق الجزم بالوجوب على الابن هو المذكور في «الحاوي».

ويجريان - أيضًا - في أب وابن ابن.

قال في «التهذيب»: والأصح: أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع، قريبًا كان أو بعيدًا، ذكرًا كان أو أنثى.

قال: وإن مضت مدة، ولم ينفق فيها على من تلزمه نفقته من الأقارب - أي: الصغير منهم والكبير - لم تصر دينًا عليه - أي: وإن كان متعديًّا بذلك - ولم يفرضها القاضي؛ لأنها وجبت، لدفع الحاجة الناجزة، وقد زالت.

ولأن التمليك فيها غير واجب، بدليل الاكتفاء بالغداء والعشاء مع القريب، وما لا يجب فيه التمليك، وانبنى على الكفاية يستحيل مصيره دينًا في الذمة.

وهذا بخلاف نفقة الزوجة التي احترز الشيخ عنها بقوله: «من الأقارب»؛ فإنه يجب فيها التمليك، وتستحق معاوضة في مقابلة الاستمتاع، والأعواض لا تسقط بمضي الزمان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ولاية.
(٣) في أ: والزياني.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الصغير.

وفي الصغير وجه حكاه الشيخ أبو علي: أنها تصير دينًا في الذمة.

قال الإمام: ولا ينبغي أن يعتد به، ولولا علو ذلك الحاكي؛ لما استجزت حكايته.

أما إذا فرضها القاضي، ففي «الجيلي»: أنه لا أثر لذلك، وفي «الرافعي»: أنها تثبت في ذمته.

وكذا لو أذن في الاستقراض؛ لغيبته أو امتناعه، أو استقرض البالغ عند تعذر مراجعة القاضي [وأشهد، أو لم يشهد](١) على أحد الوجهين، أو الأم إذا جعلنا لها الأخذ من ماله عند الامتناع من الدفع، على أحد الوجهين - عند عدم الإشهاد أيضًا، أو الجد عند عدم الأب على أضعف الوجهين في «النهاية».

ولو أنفق الجد من ماله بإذن الحاكم، يرجع على الأصح، وفي «البحر» وجه: أنه لا يرجع.

ولو أنفقت الأم من مالها على الطفل في غيبة الزوج وعدم القدرة على ماله، فهل ترجع؟ ينظر: إن أشهدت رجعت، وإلا فإن لم نجوز لها الاقتراض(٢) فلا يثبت لها الرجوع، [من طريق الأولى، وإن جوزناه ففي الرجوع وجهان.

ثم إذا أثبتنا لها الرجوع](٣) فذاك فيه إذا لم تقصد التبرع، فأما إذا قصدته فلا ترجع.

قال الإمام: ويجب أن يقال: إنما ترجع على أحد الوجهين إذا قصدت الرجوع.

فرع: لو تلفت النفقة في يد القريب وجب إعطاء غيرها، وكذا إن أتلفها، لكن يجب عليه إذا أتلفها غرم بدلها يطالب به عند اليسار.

قال: **وإن احتاج الوالد** - أي: وإن علا من قبل الأبوين - **إلى النكاح، وجب على الولد إعفافه**(٤)، أي: إذا لم يقدر الوالد عليه - **على المنصوص** - أي: في كتاب الدعاوى والبينات - لأنه تدعو حاجته إليه، ويستضر بفقده؛ بسبب تعرضه للزنى؛ فوجب على الولد؛ كالنفقة.

وقيل: فيه قول مخرج: أنه لا يجب؛ لأنه قريب مستحق النفقة؛ فلم يستحق الإعفاف كالابن، وهذا خرجه ابن خيران، قال الجيلي: من إعفاف الأم؛ فإنه لا يجب - على الأصح، وعزاه إلى الشافعي.

وقيل: خرجه مما إذا استحق النفقة في بيت المال؛ فإنه لا يستحق الإعفاف على الأصح، وعزاه إلى شرح «التلخيص».

---

(١) في أ: وأشهداء، ولم يشهد.
(٢) في د: الأمران.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إعفائه.

وقيل: خرجه مما إذا وجبت نفقة الولد على الأب؛ فإنه[١] لا يجب إعفافه.

وحكى -أيضًا- في[٢] «البحر» وجهًا: أنه يجب على الأب والجد.

والمذهب الأول؛ لأن فوات نفس الابن محتمل لإبقاء[٣] نفس الوالد[٤]؛ فأولى أن يحتمل فوات ماله، بخلاف الابن.

والأم تأخذ من الزوج ما نوجبه على الابن؛ بسبب أبيه؛ فلا يمكن الإلحاق بها.

فعلى هذا: في محل الوجوب ثلاثة طرق:

أشبهها - عند الرافعي-: أنه يجب حيث تجب النفقة، فيجب في حال الزمانة، وكذا مع الصحة، على أحد القولين.

وهل يجب للأب الكافر؟ على الوجهين.

الثاني: أنا إن أوجبنا النفقة للصحيح فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، الذي عليه أكثر الأصحاب منهما - على ما حكاه في «الشامل»-: عدم الوجوب.

وهذه [هي] المذكورة في «المهذب» و«الحاوي»، ويتخرج منها: أنه لو كان قادرًا على النفقة، عاجزًا عن مؤنة التزويج - ففي وجوب إعفافه الخلاف، وقد صرح به وجهين، والأظهر الوجوب.

والثالث: أن النفقة إذا لم تجب، فكذلك الإعفاف؛ وإن وجبت، ففي وجوب الإعفاف قولان.

والفرق: أن الحاجة إلى النفقة أهم؛ ولذلك يجوز للمضطر أكل طعام الغير، ولا يجوز مثل ذلك في الجماع.

والمراد بالحاجة إلى النكاح: أن يخاف [العنت أو][٥] يضر به التعزب، ويشق عليه.

وأبدى الإمام احتمالاً في الثاني: أنه لا يكفي، وقد حكاه مجلي وجهًا إذا لم يكن فاسقًا، أما إذا كان فاسقًا فإنه يعتبر في حقه زيادة الشهوة وجهًا واحدًا، ويقبل قوله في الحاجة من غير يمين، لكن لا يحل له الطلب إلا عند وجود الحاجة.

والمراد بالإعفاف: أن يهيئ[٦] له مستمتعًا يعفه عن الفاحشة؛ بأن يعطيه مهر حرة مسلمة، أو كتابية.

---

(١) في أ: أنه.
(٢) في د: عن.
(٣) في أ: لإنفاء.
(٤) في أ: الولد.
(٥) في أ: العتب لو.
(٦) في أ: نهى.

وفي الكتابية وجه: أنها لا تكفي.

وفي الأمة وجه: أنها تكفي.

أو يقول له: انكح وأنا أعطى المهر. أو يباشر النكاح عن إذن الأب، ويعطي المهر أو يملكه جارية تحل له، أو ثمنها(١).

وبهذا يظهر لك أن الأب إذا قدر على شراء جارية لا يجب على الابن إعفافه.

وليس للأب أن يعين النكاح، ولا يرضى بالشراء، ولا أن يعين امرأة رفيعة(٢) المهر؛ لفضيلة جمال أو شرف.

وإذا اتفقا على تعيين المهر، فتعيين المرأة بعد ذلك إلى الأب.

ولا يجوز أن يزوجه أو يملكه عجوزًا شوهاء(٣) كما لا يجوز أن يطعمه في النفقة طعامًا فاسدًا.

ولو أيسر الأب بعد أن ملكه جارية، [أو ثمنها](٤) - لم يكن له الرجوع؛ كما لو دفع إليه النفقة، فلم يأكلها حتى أيسر؛ كذا قاله في «المهذب» وغيره، وفيما قاله في النفقة نظر؛ من حيث إنه لا يجب فيها التمليك، وقد زالت الحاجة، وهي باقية على ملك الولد.

ولو ماتت الأمة، أو الزوجة التي حصلها له الابن، [أو فسخ نكاح الزوجة بعيب أو ردة، أو بأن أرضعت من كانت زوجة له - فيجب على الابن](٥) تجديد الإعفاف.

وحكى الشيخ أبو حامد وجهًا: أنه لا يجب، وهو في «المهذب» محكي في الموت.

وعلى المذهب: لو طلقها، أو خالعها، أو أعتق الأمة - نظر: إن كان بعذر من شقاق، أو نشوز وغيرهما، ففيه وجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في «التهذيب»-: أنه يجب التجديد، كما في الموت، وإن كان بغير عذر فلا.

وأطلق في «المهذب» الجواب(٦) بالمنع من غير تفصيل.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه إذا طلق فعليه أن يزوجه مرة أخرى، أو يسريه،

---

(١) في أ: عنها.
(٢) في أ: رفعته.
(٣) في أ: شرها.
(٤) في أ: أو يمنها.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: الجواز.

[فإن طلق الثانية، لم يزوجه بعد ذلك، ولكن يسريه][١] ، ويسأل الحاكم أن يحجر عليه؛ حتى لا ينفذ إعتاقه.

وإذا وجب التجديد: فإن كان الطلاق بائنًا فذلك في الحال، وإن كان رجعيًا فبعد انقضاء العدة.

فرع: إذا اجتمع أصلان محتاجان، فإن وفي مال الابن بإعفافهما وجب، وإلا قدم الأقرب إذا استويا في العصوبة، أو عدمها، فإن كان الأبعد عصبة، دون الأقرب: كجد الأب، وأب الأم - فالعصبة أولى.

قال الشيخ أبو حامد: الذي يجيء على المذهب: أنهما سواء، حكاه في «العدة» عنه، على ما نقله العمراني.

وفي «الرافعي»: أن الشيخ أبا عليّ حكاه وجهًا، وإذا استويا خصص أحدهما بالقرعة.

قال: **وإن احتاج الطفل إلى الرضاع وجب إرضاعه** - أي: على من تجب عليه النفقة - إن لم يكن له مال؛ وكذا مؤنة خدمته؛ لأن ذلك في حق الصغير بمنزلة النفقة في حق الكبير.

قال: **وإن [كان أبواه][٢] على الزوجية، وأرادت أمه أن ترضعه** - أي: متطوعة - **لم يمنعها الزوج**؛ لأنها أشفق على الولد من الأجنبية، ولبنها أصلح له وأوفق، وهل هذا على سبيل الوجوب [أو الاستحباب؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو اختيار القاضي أبي الطيب -: أنه على سبيل الوجوب][٣] وهو نازع إلى أن الأب إذا وجد متبرعة، وطلبت الأم إرضاعه بأجرة: أنه يجب عليه لها الأجرة؛ لما سنذكره، وإلى هذا المأخذ أشار الإمام، ونسب[٤] هذا الوجه إلى رواية صاحب «التقريب» وطرده فيما إذا كانت تنقطع عن توفية حق الزوج؛ لزمان اشتغالها.

والثاني: أنه على سبيل الاستحباب؛ فله[٥] منعها من إرضاعه، وهو الذي عليه جماهير الأصحاب، وجزم به في «المهذب»، وقال: إن المنع مكروه، وكذلك

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: كانوا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وبسبب.
(٥) في د: وله.

البندنيجي؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في الأوقات المصروفة إلى الرضاع، وهذا نازع إلى القول المقابل؛ لما أشرنا إليه، وسيأتي أنه الذي صححه بعضهم.

وقال الماوردي: الصحيح: أنه ينظر في سبب المنع: فإن كان لأجل الاستمتاع وفي أوقاته كان له المنع، [وإن كان لغير الاستمتاع وفي غير أوقاته لم يكن له المنع](1) فإن قلنا: ليس له المنع، أو توافقا عليه - فهل تزاد نفقتها [للإرضاع](2) ؟! فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق والإصطخري-: نعم، وهو الذي حكاه القاضي الحسين.

والأصح - وبه قال عامة أصحابنا، كما حكاه البندنيجي-: المنع؛ لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها.

قال الرافعي: والأولى أن نقول: هذه الزيادة تحتاج إليها لتربية الولد، وعلى أبيه القيام بالكفاية.

قال: وإن امتنعت من إرضاعه، أي غير اللَّبأ - لم [تجبر عليه](3) ؛ أي: إذا وجد غيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦] وإذا امتنعت فقد حصل التعاسر.

ولأنه في حق الصغير بمنزلة النفقة في حق الكبير، وهي لا تجب على الأم مع يسار الأب؛ فكذلك هاهنا.

وقال المزني [و](4) أبو ثور: [و](5) يجب عليها إرضاعه حولين، أما إرضاع اللبأ الذي لا يعيش [الولد](6) بدونه فواجب عليها؛ لإبقاء النفس.

قال الرافعي: والمراد من إطلاقهم: أنه لا [يعيش إلا به، أي: لا يستوي ولا تشتد بنيته إلا به، وإلا فشاهدنا من](7) يعيش بلا لبأ.

وقال الإمام: ما ذكره الأصحاب هو المذهب، وعليه التعويل، وتمام البيان في ذلك: أنا لا نشترط فيما يلزمه من ذلك القطع بهلاك المولود، ولكن إذا ظننا هلاكًا، أو وقوعه في سبب يفضي إلى الهلاك بدرجة - فيجب السعي في دفعه؛

---

(1) سقط في أ.
(2) سقط في د.
(3) في د: يجز.
(4) سقط في أ.
(5) سقط في أ.
(6) في أ: إلا ولد.
(7) سقط في أ.

فحينئذ وقوع السلامة من ذلك لا يمنع من هذا الاحتمال.

ثم لها أن تأخذ الأجرة على ذلك إن كان لمثله أجرة.

وقال الماوردي - فيما لو احتيج إلى ذلك بعد البينونة-: ولو قيل: لا أجرة لها؛ لأنه حق واجب قد تعين عليها، وعجز الأب عنه؛ فجرى مجرى نفقته إذا أعسر الأب وأيسرت - لكان له وجه.

وهذا يجيء في مسألتنا من طريق الأولى؛ لما ستعرفه؛ وهو ما حكاه ابن يونس.

وأما إذا لم توجد(١) مرضعة غيرها وجب عليها أيضًا، ولا يختص هذا بالأم، بل لو لم توجد إلا مرضعة أجنبية وجب عليها.

قال: وإن طلبت الأجرة، فقد قيل: يجوز استئجارها، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ولو لم يجز استئجارها لم يكن لها أجر(٢) وهذا [هو](٣) الأصح في «الرافعي»، والذي حكاه القاضي الحسين، وقاسه على جواز استئجارها على الخياطة وغيرها.

قال: وقيل: لا يجوز؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة؛ فلا يجوز أن يعقد عليها عقدًا آخر(٤)؛ وهذا ما حكاه الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ، وطرده الماوردي فيما لو استأجرها لخياطة ثوب، وقال: إذا خاطته، لا تستحق الأجرة، وصارت متطوعة به. وإلى ذلك أشار الرافعي بقوله: وربما طرد ذلك في استئجارها للخدمة وغيرها.

وطرد ابن يونس الوجهين فيما إذا أجرت نفسها لإرضاع طفل آخر.

فعلى الأول: إذا استأجرها: فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع، ولا

---

(١) زاد في د: إلا. (٢) في أ: إجزاء. (٣) سقط في أ.

(٤) قوله: وإن كان أبواه على الزوجية وأرادت الأم أن ترضعه لم يمنعها الزوج، فإن طلبت الأجرة فقد قيل: يجوز استئجارها واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ولو لم يجز استئجارها لم يكن لها أجرة، وهذا هو الأصح في الرافعي. وقيل: لا يجوز؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة، فلا يجوز أن يعقد عليها عقدًا آخر. انتهى كلامه.
واستدلاله بالآية سهو تبع فيه الرافعي، فإن الآية في المطلقات، فتأمل أولها وهو ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ إلى آخرها.
تنبيه: وقع في كلام المصنف هنا الخول وهو - بخاء معجمة، وواو مفتوحتين بعدهما لام - قال الجوهري: هم الحشم، الواحد خائل، وقد يكون الخول واحدًا أو هو اسم يقع على العبد والأمة. قال الفراء: هو جمع خائل. هذا كلامه. [أ و].

ينقصه - فلها مع الأجرة النفقة، وإن كان يمنع أو ينقص فلا نفقة لها، على ما حكاه في «التهذيب».

وقال في كتاب العدد: إذا كان الولد من غيره، واحتاجت إلى الخروج، أو حصل إخلال[1] في التمكين-: فإن وجب عليها الإرضاع حتى لا يجوز للزوج منعها لعدم مرضعة، فأذن: فهل تسقط نفقتها؟ فيه وجهان؛ كما لو سافرت بإذنه في حاجتها، وهذا بعينه يتجه جريانه هاهنا.

وفي «الذخائر» حكاية وجهين - من غير تفصيل - فيما إذا أرضعت ولد غيره بإذنه.

وعلى الثاني: إذا أرضعت على طمع الأجرة ففي استحقاقها أجرة المثل وجهان:

قال ابن خيران: تستحق؛ لأنها لم تبذل منفعتها مجانًا.

وقال أكثرهم: لا تستحق، ولو استحقت لجاز استئجارها.

فرع: هل يجوز لها أن ترضع ولد غيره بأجرة؟[2] الذي ذكره الماوردي: أنه لا يجوز.

وكذلك لو أرادت التطوع برضاع غير ولدها، وخدمة غير زوجها.

وفي «الشامل» في كتاب الإجارة حكاية وجه: أنه يجوز بغير إذنه، ويثبت له الخيار في فسخه، وجزم بالجواز فيما إذا كان بإذنه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه قيل: لها أن ترضع ولد غيره بالأجرة؛ كما لها أن تغزل.

ثم قال: وهذا فاسد؛ لأن الشافعي نص في امرأة المفقود: إذا حضر الزوج الأول فله أن يمنعها من أن ترضع ولد الثاني إلا اللبأ؛ فكذلك له أن يمنعها من أن تشتغل بإرضاع ولد الغير.

وإذا قلنا بجواز ذلك، قال في «البيان»: كل موضع لزمت فيه إجارة الزوجة نفسها، ولم يكن للزوج فسخها، فهل يمنع الزوج من وطئها؟ فيه وجهان، المذكور منهما في «التهذيب»: أنه يمنع، لكن لا تستحق عليه النفقة.

قال: وإن كانت بائنة جاز استئجارها؛ لانتفاء المانع المذكور، فإن طلبت أجرة

---

(١) في أ: اختلال.

(٢) في د: بأجرته.

المثل قدمت على الأجنبية، أي: إذا طلبت - أيضًا - أجرة المثل، لأن الله تعالى إنما جعل للأب أن يرضع الولد غيرها إذا تعاسرت، [وهي لم تتعاسر](١)، ولأن المؤنة عليه فيها مثل المؤنة في غيرها، ولها فضل الحنو والشفقة، وحق الحضانة؛ فلا يفوت [عليها](٢)، وتكون أولى به.

قال: وقيل: إن كان للأب من يرضعه [من غير](٣) **أجرة ففيه قولان:**

أصحهما: أن الأم أحق؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولما ذكرناه.

ولأن الرضاع وجب لحق الولد، ولبن الأم أصلح له، وقد رضيت بعوض المثل؛ فكانت أحق به، وهذا ما نقله المزني عن نصه في بعض المواضع، وقال: إنه أحب إليّ.

والقول الثاني - وهو المنقول في عامة الكتب، وصححه الرافعي-: أن للأب الانتزاع(٤)، وإرضاعه للأجنبية؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وبالقياس على ما لو طلبت أكثر من أجرة المثل. وقد قطع بهذا القول قاطعون، منهم: أبو إسحاق، والإصطخري، وابن سريج، وابن أبي هريرة.

وقال أبو إسحاق: لا يُعرف للشافعي إلا هذا القول، وما حكاه المزني ليس فيه ما يدل على خلافه.

وهذا الخلاف [يشابه ما إذا تبرع](٥) أجنبي بحفظ مال الطفل، وأبى الأب إلا بأجرة - فأصح الوجهين: أن الأب لا يجاب.

ويجري الخلاف فيما لو طلبت أجرة المثل، ووجد من ترضى بدونها، على ما حكاه أكثرهم.

وفي «الحاوي»: أنه ينظر في قدر نقصان الأجرة:

فإن كان بقدر زيادة الإدرار(٦) و[فضل](٧) الاستمراء [كانت الأم أحق؛ لأن نقصان الأجرة يصير في مقابلة اللبن، وترجح الأم بفضل حنوها.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: بغير.
(٤) في أ: إلا بنزاع.
(٥) في د: ما إذا شرع.
(٦) في أ: الإذراء.
(٧) سقط في أ.

وإن كان النقصان من أجرة المثل أكثر من فضل الإدرار والاستمراء][١] كان على القولين؛ كما لو وجد متطوعًا.

فعلى الأول: لو اختلفا: فقال الأب:وجدت متبرعة وأنكرت - فهو المصدق[٢] بيمينه، وكان يتجه أن يخرج وجه: أنه لا يحلف، كما سيأتي فيما إذا ادعى إرادة سفر النقلة.

وعلى الثاني: للأب انتزاعه[٣] منها كما ذكرناه، ولا يكلف أن يأتي المرضعة [وترضعه في بيتها، ولا تمنع الأم من زيارته، قاله ابن الصباغ، وسيأتي في باب الحضانة][٤] ذكر خلاف فيه.

قال: ولا تجب أجرة الرضاع لما زاد على حولين؛ لأن الله - تعالى - جعلهما[٥] تمام مدة الرضاع، ولا يجوز أن يفصل عن أمه قبل تمامهما[٦] من غير رضا الأبوين.

وفيه احتمال للإمام إذا لم يتضرر به الولد.

وإن اتفقا على فطامه قبل تمام الحولين جاز إذا لم يتضرر الولد.

ويجوز لكل منهما فصاله بعد الحولين، على ما حكاه البغوي وغيره.

فصل: ومن ملك عبدًا أو أمة، لزمه نفقتهما وكسوتهما؛ أي: سواء كان العبد صغيرًا أو كبيرًا، عاقلاً أو مجنونًا، مكتسبًا أو غير مكتسب، صحيحًا أو زمنًا؛ لما روى الشافعي بإسناده عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لا يُطِيقُ»[٧] ، وفي رواية: «إِلَّا مَا يُطِيقُ»[٨] .

وروى[٩] مسلم عن ابن عمر أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَحْبِسَ عَمَّنْ يَمْلِكُهُ قُوتَهُ»[١٠].

---

(١) سقط في أ. (٢) في د: للمصدق. (٣) في أ: بنزاعه.
(٤) سقط في أ. (٥) في د: جعلها. (٦) في د: تمامها.
(٧) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٦٦ - بترتيب السندي) كتاب العتق، باب: فيما جاء في العتق وحق المملوك، برقم (٢١٥)، وأحمد (٢/ ٣٤٢،٢٤٧).
(٨) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٤) كتاب الأيمان: باب إطعام المملوك مما يأكل، حديث (٤١/ ١٦٦٢).
(٩) في د: رواه.
(١٠) أخرجه مسلم (٢/ ٦٩٢) كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة على العيال والمملوك، برقم (٤٠/ ٩٩٦).

ولأن السيد مالك لتصرف عبده وكسبه؛ فوجب أن يكون ملتزمًا لنفقته وكسوته؛ لما يلزمه من حراسة نفسه.

وقد اتفق العلماء على إيجاب النفقة للملوك، والمراد بالنفقة: الطعام والإدام، وذلك غير مقدر، بل الواجب فيه قدر الكفاية؛ كنفقة القريب، وفي قدر الكفاية وجهان:

أحدهما: كفاية مثله في الغالب، [و][(١)] لا يعتبر حاله في نفسه.

والثاني: يعتبر حاله في نفسه؛ فتراعى رغبته وزهادته، فإن لم يكفه ما يكفي مثله غالبًا فعلى السيد الزيادة، وهذا ما اختاره ابن الصباغ.

وقال الماوردي: إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته وبدنه لزمت السيد، وإلا فلا.

قال الرافعي: وينبغي أن تجيء هذه الوجوه [قويها وضعيفها][(٢)] في نفقة القريب.

وجنس النفقة: غالب القوت الذي يطعم منه المماليك في البلد. فإن كان دون قوت السادة لم يجب عليهم أن يطعموهم إلا منه.

وما ورد من أن النبي ﷺ قال: «إِخْوَانُكُمْ خَوَلُكُمْ، جَعَلَهُمُ اللَّهُ تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، فَمَنْ [كَانَ][(٣)] أَخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ - فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ، وَيَكْسُوهُ مِمَّا يَلْبَسُ»[(٤)] - فهو محمول على مكارم الأخلاق، أو في حق من قوته[(٥)] من جنس قوت العبيد، وكسوته متقاربة؛ للجمع بينه وبين حديث أبي هريرة.

والمرجع في الأدم والكسوة -أيضًا- إلى العرف.

ويجري على حال السيد في اليسار والإعسار؛ فيجب من رقيق الجنس وخشنه[(٦)]، ولا يجوز الاقتصار في الكسوة على ستر العورة، وإن لم يتأذ بالحر والبرد.

فرع: لو كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالبا، إما بخلا أو رياضة - فليزمه رعاية[(٧)] الغالب للرقيق، أو له الاقتصار على ما اقتصر عليه السيد؟ فيه وجهان، أشبههما الأول.

---

(١) سقط في أ. (٢) في د: قوتها وضعفها.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه البخاري (١/ ١١٤) كتاب الإيمان، باب: المعاصي من أمر الجاهلية (٣٠)، ومسلم (٣/ ١٢٨٢- ١٢٨٣)، في الإيمان: باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس (٣٨،٤٠/ ١٦٦١)، من حديث أبي ذر - رضي الله عنه -.

(٥) زاد في أ، د: جنسًا. (٦) في د: وخسيسه. (٧) في أ: رعاة.

قال: فإن كانت الأمة للتسري فضلت على أمة الخدمة في الكسوة؛ للعرف، [وهذا هو الأصح.

وقيل: لا تفضل؛ لتساويهما في المقتضى للوجوب][١] وهو الملك، وكالعبد إذا كان شريفًا.

وهذا الخلاف يجري في الطعام - أيضًا - وفي ذات الجمال وإن لم تكن سرية.

ومنهم من أجراه في العبد الشريف، والظاهر التسوية.

واعلم أن ظاهر إطلاق الأئمة يدل على أن هذا الخلاف في الوجوب؛ لأنهم عللوه بأنه من المعروف، ولفظ الإمام: يجب التفاوت.

وفي «المهذب» أن ذلك استحباب.

قال: والمستحب أن يجلس - أي: بضم الياء- الغلام الذي يلي طعامه معه، فإن لم يفعل- أي: المالك، ويحتمل أن يريد المملوك - أطعمه منه؛ لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ بِطَعَامِهِ قَدْ كَفَاهُ حَرَّهُ وَدُخَانَهُ فَلْيُقْعِدْهُ[٢] لِيأْكُلَ مَعَهُ، وَإِلَّا فَلْيُنَاوِلْهُ أُكْلَةً مِنْ طَعَامِهِ»[٣]، وروى[٤]: «إِذَا كَفَى أَحدكُمْ خَادِمُهُ طَعَامَهُ وَدُخَانَهُ فَلْيُجلِسْهُ مَعَهُ، فَإِنْ أَبى فَلْيُرَوِّغْ لَهُ اللُّقْمَةَ واللُّقْمَتَيْنِ»[٥].

والأكلة بالضم: اللقمة، وروغها، أي: رواها دسمًا.

وقيل: إنهما سواء في الاستحباب.

وقيل: يجب عليه الترويغ والمناولة، فإن أجلسه معه فهو أفضل.

وقيل: الواجب أحدهما، لا بعينه.

والظاهر الأول.

وأصل الاستحباب في إطعام الطعام اللذيذ يشمل الذي يليه وغيره.

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: فليعقده.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٤٠٦) من طريق حماد بن سلمة، عن عمار بن أبي عمار، عن أبي هريرة -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: إذا جاء خادم أحدكم بطعامه قد كفاه حره وعمله فإن لم يقعده معه ليأكل فليناوله أكلة من طعامه.

(٤) في أ: ويروي.

(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٤٨٩) كتاب العتق: باب إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه، حديث (٢٥٥٧)، ومسلم (٦/ ١٤٧-١٤٨) كتاب الإيمان، باب: إطعام المملوك مما يطعم وإلباسه مما يلبس، ولا يكلفه ما يغلبه، حديث (٤٢/ ١٦٦٣).

والمراد بالطعمة: ما يسد مسدًّا، دون الذي يهيج الشهوة ولا يقضي النهمة[1].

فائدة: لو دفع الطعام إلى العبد، ثم أراد إبداله - ذكر القاضي الروياني: أنه لا يجوز له ذلك عند الأكل، ويجوز قبله.

وقال الماوردي: إن تضمن الإبدال تأخير الأكل لم يجز، والله أعلم.

قال: ولا يكلفه من الخدمة ما يضر به؛ للخبر، ولقوله - عليه السلام-: [«لاضَرَرَ ولا إِضْرَارَ»[2].

قال الشافعي: ومعنى قوله - عليه السلام-:][3] «وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ»[4]، يعني -والله أعلم-: إلا ما يطيق [الدوام عليه، لا ما يطيق][5] يومًا أو يومين أو نحو ذلك ثم يعجز.

ومعنى كلام الشافعي: أنه لا يجوز أن يكلفه ما يطيقه يومين أو ثلاثة، ولا يطيقه على الدوام.

قال: ويريحه في وقت القيلولة - وهي النوم نصف النهار - دفعًا للضرر، وكذا إذا عمل بالنهار أراحه بالليل، وبالعكس.

ويستعمله في الشتاء النهار، مع طرفي الليل، ويتبع في ذلك العادة الغالبة.

قال: وفي وقت الاستمتاع إن كانت له زوجة[6]؛ لأن إذنه في النكاح يتضمنه، وقد تقدم الكلام فيه في كتاب النكاح.

قال: وإن سافر به أركبه عقبة، أي: وقتًا مؤقتًا؛ حتى لا يكلفه ما لا يقدر على المداومة عليه عادة.

والعقبة: بضم العين.

قال: ولا يسترضع الجارية إلا ما فضل عن ولدها، أي: المملوك له، أو ولده؛ لأنه لو استرضعها أكثر من ذلك، لأضر بها بسبب ولدها، وقد قال تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولأن نفقته عليه، وطعامه اللبن، وكما لا يجوز أن ينقص من طعامه غير اللبن عن كفايته، كذلك [من][7] طعامه اللبن.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه إذا أراد أن ينتزعه[8] منها، ويرضعه من غيرها -

---

(١) في أ: البهمة.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) سقط في د.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: امرأة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: تبرعه.

جاز؛ لأنها ملكه، والاستمتاع بها حقه.

والصحيح: الأول؛ لأن فيه إحالة بينه وبينها، وليس له ذلك؛ لإفضائه إلى الوله[(١)]، صرح به الإمام.

أما إذا كان مملوكًا لغيره، أو حرًّا، فله أن يسترضعها من شاء؛ لأن الولد إرضاعه واجب على مالكه، أو والده؛ كذا قاله الماوردي.

ولو رضي السيد بأن ترضعه مجانًا لم يكن لها الامتناع؛ لأن ذلك محض حقه.

ويجوز له في أوقات الاستمتاع أن يضم ولدها منه أو المملوك له إلى غيرها.

وأبدى الإمام فيه تخريج الوجه الذي حكاه عن صاحب «التقريب» في الزوجة.

وله إجبارها على الفطام قبل الحولين إذا اجتزأ[(٢)] الولد باللبن، وعلى الإرضاع بعد الحولين وإن كان يجتزئ بغير اللبن، إلا إذا تضررت به، وليس لها الاستقلال بالفطام ولا الإرضاع.

قال: وإن مرضا أنفق عليهما؛ لأن نفقتهما مقدرة بالكفاية؛ فأشبها الأقارب.

فرع: تجوز المخارجة، وهي ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو أسبوع، مما يكتسبه. وقد صرح بذلك الشيخ في باب التدبير، وليس للعبد أن يجبر سيده عليها، ولا للسيد إجبار العبد عليها؛ كعقد الكتابة.

وعن القاضي أبي حامد تخريج قول: أن للسيد ذلك.

وإذا تراضيا، فليكن له كسب [دائم يفي][(٣)] بذلك الخراج، فاضلاً عن نفقته وكسوته إن جعلهما في كسبه، وإذا وفي وزاد ما يكسبه، فالزيادة مِيرة[(٤)] من السيد إلى عبده.

وإن ضرب عليه خراجًا أكثر مما يليق بحاله، وألزمه به منعه السلطان منه، ويجبر نقصان بعض الأيام بالزيادة في بعضها.

ولا يخفى أن ذلك عقد جائز، فإن فسخ وفي يد العبد فاضل من كسبه فهو للسيد.

فصل: وإن ملك بهيمة وجب عليه القيام بعلفها؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لَيلَةَ أُسْرِيَ بِي اطَّلَعْتُ في النَّارِ، فَرَأَيْتُ امْرأَةً تُعَذَّب، فَسَأَلْتُ عَنْهَا، فَقِيلَ: إِنَّهَا رَبَطَتْ هِرَّةً، فَلَمْ تُطْعِمْهَا، وَلَمْ تَسْقِهَا، وَلَمْ تَدَعْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الأَرْضِ

---

(١) في د: الولد.
(٢) في أ: اجتراء.
(٣) في أ: ذا نمَّ بقى.
(٤) في أ: مسيرة.

حَتَّى مَاتَتْ؛ فَعَذَّبَها اللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى»[١].

ولأنها ذات روح تتضرر بترك الأكل؛ فوجب عليه القيام به كما في العبد.

ثم للبهيمة ثلاث أحوال:

إحداها : أن تكون معلوفة، لا ترعى، فعليه [أن يعلفها، ويسقيها حتى ينتهي إلى أول شبعها وريها، دون غايتها، وليس له أن يعدل بها إلى المرعى إذا لم تألفه.

الثانية : أن تكون راعية، لا تعلف، فعليه][٢] إرسالها في المراعي حتى تشبع من الكلأ وتروى من الماء، ويعتبر في هذه الحالة أمران:

أحدهما : أن يكون في الموضع الذي ترعى فيه [ماء][٣] مشروب.

والثاني : ألا يكون فيه سباع، فإن لم يتهيأ له ذلك كانت القسم الأول.

والثالثة : أن تكون جامعة بين الأمرين، فإن كانت مكتفية بكل منهما كان مخيرًا؛ وإن لم تكتف إلا بهما فعليه الجمع بينهما.

تنبيه : العلف بفتح اللام: ما تطعمه البهيمة من شعير وتبن وحشيش وغيرهما، وبإسكان اللام: مصدر علفها علفًا، ويجوز هاهنا الوجهان.

قال: ولا يحمل ما يضر بها بالقياس على العبد.

قال: ولا يحلب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها؛ لأنه خلق غذاء للولد؛ فلا يجوز منعه منه كما في ولد الأمة.

والمراد: أن يفضل عما يقيمه؛ حتى لا يموت، كذا قاله الروياني.

وذكر في «التتمة»: أنه لا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة لقلة العلف، وأنه يكره [تركه][٤] إذا لم يكن في الحلب إضرار بها؛ لما فيه من تضييع المال، والإضرار بالبهيمة. وأن المستحب ألا يستقصي في الحلب، ويبقي في الضرع شيئًا. وأن يقص الحالب أظفاره؛ كي لا يؤذيها بالقرص.

والنحل يبقى له في الكوارة شيء من العسل إلا أن يكون الانتشار في الشتاء،

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ٥٣١)، والحديث أصله في الصحيحين أخرجه البخاري (٦/ ٤٠٩) كتاب بدء الخلق: باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم، برقم (٣٣١٨)، ومسلم واللفظ له (٤/ ٢٠٢٢) كتاب البر والصلة، باب: تحريم تعذيب الهرة، برقم (١٣٣/ ٢٢٤٢) عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «عذبت امرأة في هرة؛ سجنتها حتى ماتت، فدخلت فيها النار، لا هي أطعمتها وسقتها إذ هي حبستها، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض».

(٢) سقط في د. (٣) سقط في د. (٤) سقط في د.

ويتعذر الخروج؛ فيبقى له أكثر، وإن قام مقام العسل شيء آخر لم يتعين إبقاء العسل، وقد قيل: تشوى دجاجة وتعلق على باب الكوارة؛ فيأكل منها.

وديدان القز تعيش بورق الفرصاد، فعلى مالكها تخليتها لتأكل منه، وإذا جاء وقت استكمالها الغزل جاز تجفيفها بالشمس وإن كانت تهلك؛ لتحصيل فائدتها.

قال: وإن امتنع من الإنفاق على رقيقة أو بهيمته - أجبر[١] **على ذلك**، أي: إذا كان له مال ولكنا لم نصل إليه؛ لأنه حق وجب عليه القيام به، فإذا امتنع من أدائه، أجبر عليه؛ كنفقات الزوجات.

وكيفية إجباره: أن يؤمر بالإنفاق عليه، [أو بأن][٢] يبيعه، أو يؤجره إن أمكن إيجاره، أو يعتقه إن كان يمكن أو يذبح ما يحل أكله.

أما إذا كان له مال ظاهر فيباع عليه، وفي كيفية بيعه وجهان:

أحدهما: شيئًا فشيئًا.

والثاني: يستقرض عليه إلى أن يجتمع شيء صالح؛ فيباع منه بقدره، فإن لم يمكن بيع بعضه، باع جميعه، صرح به الماوردي.

قال: فإن لم يكن له مال، أي: وأصر على الامتناع - أكري[٣] عليه إن أمكن إكراؤه[٤]؛ لأن بذلك يحصل المقصود.

قال: فإن لم يمكن بيع عليه، أي: منه بقدر الحاجة كما تقدم؛ لأنه الممكن، وللحاكم أن يجبره على البيع، فإن تعذر بيع البعض، بيع الكل؛ فإن تعذر بيع الكل، أنفق عليه من بيت المال؛ فإن لم يكن فيه مال، فهو من محاويج المسلمين، يقومون بكفايته.

وقد أبدى الشيخ أبو محمد في بيع بعض اللقطة لأجل النفقة احتمالاً: أنه لا يجوز كي لا تأكل نفسها، وهو ما أبداه أبو الفرج الزاز، وقد يتجه جريان مثله هاهنا.

قال: فإن[٥] **كان له أم ولد، ولم يمكن إكراؤها**[٦] **ولا تزويجها، فيحتمل أن تعتق عليه** - أي: بضم التاء الأولى - كما للزوجة فسخ النكاح، إذا تعذرت عليها

---

(١) في أ: اجتر.
(٢) في د: وبأن.
(٣) في د: اكترى.
(٤) في د: اكتراؤه.
(٥) في أ: وإن.
(٦) في د: اكتراؤها.

النفقة الفائتة عليها، وهذا موافق لما حكاه في «التتمة» عن الأودني[١] : أن السيد يؤمر بعتقها.

ويحتمل ألا تعتق؛ لأن الزوجة بالفسخ يمكنها أن تتوصل إلى تحصيل النفقة الفائتة عليها، وهذه لا تتمكن من ذلك، بل نفقتها في بيت المال بعد العتق، وكذلك هي في حال الرق إذا عجز السيد عنها، كما ذكرناه.

وفرق القاضي الحسين بينهما: بأن الأمة لما لم يكن لها رفع ملك اليمين بالعجز عن الاستمتاع، فكذلك بالعجز عن النفقة، بخلاف الزوجة. وبأنها لا تصل إلى النفقة بمثل السبب الذي استحقت على سيدها برفع الملك؛ بخلاف المرأة؛ فإنها تصل إلى النفقة بمثل السبب الذي استحقت به على زوجها النفقة؛ وهو النكاح.

وهذا الخلاف كالخلاف المحكي في الكافر إذا أسلمت أم ولده. والله عز وجل أعلم.

(١) في أ: الأوزني.

باب الحضانة

الحضانة -بفتح الحاء-: تربية الطفل، والقيام بأمره ورعايته، واعتماد ما يصلحه؛ وهي ولاية وسلطنة، لكنها بالنساء أشبه.

مأخوذة من الحضن - بكسر الحاء - وجمعه: أحضان، وهو: الجنب؛ فإنها تضمه إلى حضنها.

يقال: احتضنت[1] الشيء: جعلته في[2] حضني، وحضنت الصبي.

وانتهاء مدتها: سن التميز، وما بعده، يسمى كفالة إلى البلوغ، فإذا بلغ، انتهى إلى حد الكفاية؛ كذا رتبه الماوردي.

قال - رحمه الله تعالى-: إذا تنازع النساء في حضانة الطفل قدمت الأم؛ لما روى ابن خديج بسنده عن عبد الله بن عمر أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، ويريد [أن][3] ينتزعه مني؛ فقال رسول الله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَم تَنْكِحِي»[4] ، فانطلقت به.

ولأنها بتربية ولدها أخبر، وعليه أصبر؛ لما جبلت عليه من فضل الميل إلى الأولاد، وكثرة الحنو والإشفاق.

[قال: ثم أمهاتها، الأقرب فالأقرب، أي: من الوارثات؛ لمشاركتهن الأم في تحقق الولادة والإرث][5] .

قال: ثم [أم الأب][6] ؛ لمساواتها للأم في المعنى الذي ذكرناه، [وإنما قدمت

---

(١) في أ: أحضنت. (٢) في د: إلى. (٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢)، وأبو داود (١/ ٦٩٣) كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، برقم (٢٢٧٦) والدارقطني (٣/ ٣٠٥) كتاب النكاح، باب: المهر، والحاكم (٢/ ٢٠٧)، والبيهقي (٨/ ٤)، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

(٥) سقط في د. (٦) في د: أم أم الأب.

عليها أمهات الأم وإن علون لأن الولادة فيهن محققة، وفي أمهات الأب -لأجل الأب- مظنونة.

ولأنهن أقوى ميراثًا من أمهات الأب؛ لأنهن لا يسقطن بالأب، وتسقط أمهات الأب بالأم.

قال: ثم أمهاتها؛ لما ذكرناه في أمهات الأم.

قال: ثم أم الجد، ثم أمهاتها، أي: المدليات بالإناث دون الذكور. وهكذا؛ لأن لهن ولادة ووراثة كالأم وأمهاتها، ولأنهن أكثر شفقة، وأقوى قرابة؛ ولذلك يعتقن على الولد.

قال: ولا حق لأم أب الأم؛ لما سنذكره من بعد.

قال: ثم الأخت من الأب والأم؛ لأنها راكضت المولود في بطن واحد، وشاركته في النسب؛ فهي أشفق عليه. ثم الأخت للأب(١) ، ثم الأخت للأم(٢) ، قدمتا على غيرهما؛ لاشتراك الأولى معه في النسب، ومراكضة الثانية معه في البطن، وقدمت الأولى على الثانية؛ لأنهما استويا في الشفقة والقرب، واختصت هي بقوة الإرث وزيادته.

ولأنهما أختان من أهل الحضانة؛ فقدم(٣) أقواهما ميراثًا على الأخرى؛ كالأخت من الأبوين مع الأخت [من الأب](٤) .

و[لأن اجتماع الأخت من الأب مع الطفل كان في صلب الأب، وهو ابتداء النشوء واجتماعه مع الأخت من الأم في الرحم بعد ذلك؛ فكان السابق من السببين أولى بالتقديم.

قال: وقيل تقدم الأخت للأم على الأخت للأب](٥) ؛ لأنها تدلي بالأم؛ فقدمت على من يدلي بالأب مع المساواة في الدرجة؛ كأم الأم مع أم الأب؛ وهذا تخريج ابن سريج، وبه قال المزني في «الكبير».

ونقل عن أبي إسحاق أنه قال به برهة من الزمان ثم رجع عنه.

وظاهر كلام الشيخ وكذلك كلام الماوردي وغيرهما يقتضي أن هذا [في](٦)

---

(١) في د: للأم.
(٢) في د: للأب.
(٣) في أ: فتقدم.
(٤) في أ: للأب.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

الجديد، وفي «النهاية»: أنه مخرج من القول القديم.

قال: والأول هو المنصوص، ووجهه ما ذكرناه.

والفرق بين الأخت من الأم، وبين الجدة من الأم: أن الجدة من الأم مساوية للجدة من الأب في الميراث، وامتازت بزيادة الإدلاء بالأم التي هي أصل في الحضانة.

وفي الأخت من الأب زيادة في الإرث، وقوة؛ بسبب كونها تعصب في وقت، وذلك مقابل لإدلاء الأخت من الأم بالأمومة التي هي أصل؛ فيتعارضان، ورجح جانب الأخت من الأب بأن القوة فيها - وهي الميراث - صفة في نفسها؛ فكانت أولى بالترجيح من اعتبار صفة في غيرها.

قال: ثم الخالة؛ لإدلائها بالأم، مع مساواتها لها؛ فقدمت الخالة للأب والأم، ثم الخالة للأب، ثم الخالة للأم.

قال الماوردي: وعلى قول ابن سريج والمزني تقدم الخالة للأم على الخالة للأب، ومن الأصحاب[(١)] من أسقط حضانة الخالة للأب؛ لإدلائها بأب الأم؛ كأمه، قال: وهذا ليس بصحيح؛ لمساواتها للأم في درجتها؛ فصارت مدلية بنفسها، وخالفت أم أب الأم المدلية بغيرها.

قال: ثم العمة؛ أي: على ما ذكرناه؛ لأن إدلاءها بإخوة الأب كإدلاء الخالات بإخوة الأم؛ فتقدم العمة للأبوين، ثم العمة للأب، ثم العمة للأم.

قال الشيخ في «المهذب»: وعلى قياس قول المزني، وابن سريج: تقدم العمة من الأم على العمة من الأب؛ وهذا وجه حكاه القاضي الحسين، مع القول بأن الأخت للأب مقدمة على الأخت من الأم، [وكذلك حكاه في الخالة من الأب مع الخالة من الأم][(٢)]، ووجهه بأن[(٣)] الجهة التي قدمت الأخت للأب بها هو التعصيب، وكثرة الإرث، ولم يوجد معنى الإرث في العمات والخالات بحال؛ فلم يبق إلا مجرد الحضانة، ومن كان إدلاؤها بأنثى في هذا الباب كانت أولى؛ لأنهن الأصل فيه.

وبعد هؤلاء تقدم بنات الأخوات، ثم بنات الإخوة، ثم بنات سائر العصبات، قربًا فقربًا، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات - على القول: بأن لهن حقًّا في الحضانة، وهو الراجح الذي يقتضيه إيراد الأكثرين إلا الغزالي؛ فإنه جعل الأظهر

---

(١) في د: أصحابنا.		(٢) سقط في د.		(٣) في د: أن.

خلافه - ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته - كما ذكرناه - ويجيء فيه خلاف ابن سريج، وهذا هو الصحيح عند الروياني.

وفي وجه تقدم بعد العمات: خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته، ثم خالات أم الأم، ثم خالات أم الأب، ثم خالات الجد، ثم عماته، وهكذا تستعلي درجة بعد درجة. ولا يستوعب عمود الأمهات كما استوعبت أمهات الأمهات؛ لأن البعدى من أمهات الأم وارثة كالقربى، والعمات والخالات بخلافهن؛ فاعتبر فيهن قرب الدرج.

فإن عدمن جميعًا، فالحضانة لبنات الأخوات، ثم بنات الإخوة، ثم إلى بنات العصبة، ثم إلى بنات الخالات، ثم إلى بنات العمات.

وفي وجه: بنات الأخوات والإخوة يقدمن على العمة، وهو ما حكاه الإمام والغزالي والبغوي.

قال: وقال في القديم: تقدم الأم، ثم أمهاتها - أي: المدليات بالإناث، ثم الأخوات؛ لأنهن ركضن مع الطفل في صلب واحد وبطن واحد.

ثم الخالة؛ لما روى أنه ﷺ في قصة بنت حمزة قال: «الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ»[1]، ويؤيده ما حكاه ابن عطية عن السدي في قوله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيۡهِ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] [أنه رفع][2] أباه وخالته؛ لأن أمه كانت قد ماتت.

قال: ثم أمهات الأب، ثم أمهات الجد، ثم العمة؛ لما ذكرناه.

ولا فرق في الأخوات بين أن يكن من الأبوين أو من أحدهما؛ كما صرح به ابن الصباغ والبندنيجي والقاضي الحسين، والرافعي في آخر الفصل، وقال قبله: القولان متفقان على تقديم جنس الأخوات على الخالات؛ لقرب الأخوات، وهذا ما يقتضيه إطلاق الشيخ.

فعلى هذا: تقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم الأخت من الأب والأم، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، ثم الخالة للأب والأم، ثم الخالة للأب - على أن لها حقًا - ثم الخالة للأم، ثم أمهات الأب، ثم أمهات الجد، ثم العمة، وهكذا صور الإمام.

وعلى مقتضى تخريج ابن سريج: تقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم الأخت من

(١) تقدم تخريجه.
(٢) سقط في أ.

الأبوين، ثم الأخت من الأم، ثم [الأخت][1] من الأب، ثم الخالة من الأبوين، ثم الخالة [من الأم، ثم الخالة من الأب][2] ثم أمهات الأب، ثم أمهات الجد، ثم العمة.

وحكى ابن يونس وغيره: أنه أخر الأخت [من][3] الأب عن الخالة أيضًا، وأن على هذا تقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم الأخت للأبوين، ثم الأخت للأم، ثم الخالة، ثم أمهات الأب، ثم أمهات الجد، ثم الأخت للأب، ثم العمة، وهذا ما حكاه في «المهذب» عن القديم.

وما حكاه عن ابن سريج في تقديم الخالة على الأخت من الأب [ضعيف جدًّا؛ لأنه في تقديم الأخت للأم على الأخت من الأب -][4] نظر لاستوائهما في الميراث، وكون الأخت من الأم امتازت بالإدلاء بالأم؛ فرجحت، وهاهنا الأخت وارثة، والخالة غير وارثة؛ فلا استواء حتى تترجح بالإدلاء بالأم، بل وجد في الأخت للأب مرجحان: الإرث، وكون القوة في نفسها، وذلك أولى من مرجح واحد.

وفي «الحاوي»: تخصيص القديم بتقديم الأخت من الأبوين على أمهات الأب؛ موجهًا ذلك بأنها تدلي بالأبوين؛ فكانت أولى ممن تدلي بأحدهما، وأفسده بأن الولادة والبعضية أقوى، ولثبوت ميراثهن مع الأبناء.

وهذا الخلاف يعرفك اضطراب هذا القول، وعلى كلا القولين فالعمة مؤخرة عن الخالة.

قال: والأول أصح؛ لأن النظر إلى الشفقة وشفقة الجدات من قبل الأب؛ كما قاله الإمام - في الغالب - تزيد [على شفقة الأخوات والخالات؛ فقدمن.

قال الإمام: وهذا -على ظهوره- قد لا ينتهي][5] إلى القطع، والوجه الذي يفسد به القديم: أنه قدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، ولا إدلاء للأخت من الأم إلا بالأم؛ فاضطرب بهذا تقديم الاتصال بجانب الأم، ثم الأخت من الأب بنت أبي المولود، وأم الأب: أم أبي المولود؛ فإدلاؤهما جميعًا بالأب، وتقع إحداهما بالنسبة إلى المولود أصله، وتقع الثانية بالنسبة إليه حاشية في نسبه؛

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: للأم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

فلاح بمجموع ذلك إيضاح وجه القول الجديد، واضطراب القول القديم.

وفي «تعليق» القاضي الحسين بعد ذكر توجيه القول القديم: وهذا صحيح، إلا أن فيه شيئًا واحدًا، وهو أنه قدم الأخت للأب على الجدة للأب، ولو كان القياس على هذا كان تقديم الجدة عليها أولى، ولعله إنما فعل هذا؛ لأن لها قوة التعصيب في بعض الحالات، وليست للجدة هذه القوة بحال.

قال: وإن اجتمع مع النساء رجال، قدمت الأم، أي: على الأب ومن عداه؛ للخبر المذكور في أول الباب.

والمعنى فيه: أنها تساوي الأب في القرب والشفقة، وتختص بالولادة المحققة، ولصلاحية الحضانة بسبب الأنوثة.

وأيضًا: فالأب لا يستغني في الحضانة عن النساء، أو لا يكاد يباشرها، وهي تباشرها.

قال: ثم أمهاتها، أي: اللاتي ذكرناهن؛ لأنهن يشاركن الأم في الشفقة والأنوثة والولادة المحققة، فألحقن بها.

قال: ثم الأب؛ لأن من عداه إن أدلى به فهو مقدم عليه [كما في الإرث، وإن لم يدل به فمن يدلي به مقدم عليه][(١)] ، والمقدم على المقدم مقدم.

قال: ثم أمهاته، أي من جهة الإناث؛ لأن لهن ولادة[(٢)] ووراثة؛ فأشبهن أمهات الأم.

وفيه وجه - ويقال: [قول مخرج][(٣)]: أنهن يقدمن على الأب؛ لولادتهن، وزيادة صلاحيتهن للحضانة، وهو جار في الأخت من الأب، مع الأب، وإن كانت فرعًا له، ومدلية به.

قال: ثم الجد[(٤)] ، **ثم أمهاته**؛ لما ذكرناه، وقدم الجد على الأخت وإن قاسمها في الميراث؛ لعدم إمكان التبعيض؛ كما في ولاية النكاح.

قال: ثم الأخوات - أي: على الترتيب المتقدم - لأنهن راكضن معه في الصلب والبطن، وأخرن عن الجد، لعدم ولادتهن، وقدمن[(٥)] على الخالات والعمات؛ لإدلائهن بالأبوين والعمات والخالات يدلين بالجدين.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ولاية.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: للجد.
(٥) في د: وقدم.

وفي أمهات الجد والأخوات مع الجد ما ذكرناه في أمهات الأب والأخوات معه.

قال: ثم الخالة، ثم العمة؛ على ظاهر النص، أي: الذي حكاه المزني؛ لأنه لما عدم من له الولادة والمساوي للمولود في الدرجة؛ كان الانتقال إلى المساوي للأصل في الحضانة - وهما الأبوان - أولى، وقدمنا الخالة على العمة؛ لإدلائها بالأم المقدمة على الأب، وهذا هو الذي عليه الأكثرون، ونص رواية الربيع.

قال: وقيل: تقدم الأخت للأب والأم والأخت للأم والخالة على الأب، وهو الأظهر؛ لأن كلًّا منهن ذات حضانة تدلي بالأم؛ فسقط الأب معها؛ كالجدة أم الأم.

فإن قيل: أم الأب - وإن علا - والأخت للأب مقدمة على الأخت للأم والخالة - على الأصح - والأب مقدم على أمه وابنته - على الأصح، والمقدم على المقدم مقدم.

قيل: لا يلزم ما ذكرتموه؛ ألا ترى أن الأب لا يحجب الجدة عن السدس، [وأمه تحجبها][1] عن نصفه، وإن كان يحجب أمه، وهذا القول خرجه ابن سريج، والإصطخري، وأبو إسحاق، لكن في الأخت من الأم والخالة، إذا لم يكن معهم أخت لأب، ولا أم أب، وافترقوا فيما إذا وجد معهم أخت للأب، أو أم الأب - على ما حكاه البندنيجي وغيره: فذهب[2] الإصطخري إلى أن الأب أولى؛ لأن الأخت للأب تسقط الخالة والأخت للأم، وكذلك أم الأب تسقطهما، والأب يسقط أمه وبنته؛ فيسقط الكل، وترجع الفائدة إليه؛ كما قيل في الأخوين، إذا اجتمعا مع الأب والأم؛ فإنهما يردان الأم من الثلث إلى السدس، ويفوز[3] الأب بما سقط[4] من نصيب الأم.

وقال غيره: تقدم الخالة والأخت من الأم؛ لأن الأب يسقط أمه وبنته، وإذا سقطتا بقي مع [الأخت للأم والخالة][5]؛ فهو كالخالة [الأولى][6]، وبهذا أخذ الشيخ، فإنه جعل الأخت من الأب والأم ملحقة بالأخت من الأم، وأسقط ما اتصفت به من أخوة الأب بهذا المعنى.

وهذا كله تفريع على الجديد، أما إذا فرعنا على القديم، وقلنا: إنهن يقدمن

---

(١) في د: وأنه يحجبها.
(٢) في د: وذهب.
(٣) في د: ويعود
(٤) في أ: يسقط.
(٥) في د: أو الخالة.
(٦) سقط في د.

على أمهات الأب؛ فكذلك يقدمن على الأب، لا سيما إذا قدمنا أمهات الأب على الأب، فلما تظافر القديم، وأحد قولي الجديد المخرج على ذلك، جعله الشيخ الأظهر، وإن كان الماوردي جعله من زلة أبي سعيد الإصطخري لما في الأب من الولادة والاختصاص بالنسب، وفضل الحنو والشفقة التي يدور عليها حق الحضانة.

فرع: إذا كان بدل[(١)] الأب أباه: فإن قدمناهن على الأب - فكذلك على أبيه، وإن قدمنا الأب، فكذلك الجد يقدم على الخالة والأخت للأم، وهل يقدم على الأخت للأب؟ فيه وجهان؛ الظاهر منهما في «تعليق» البندنيجي: أنها أولى منه؛ لأن لها حضانة، والمذكور في «الشامل» أن الجد أولى.

قال: وأما الإخوة - أي: العصبات وبنوهم [والأعمام وبنوهم][(٢)] فإنهم كالأب والجد في الحضانة يقدم الأقرب منهم فالأقرب، على ترتيب الميراث على ظاهر النص؛ لوفور شفقتهم، وقوة قرابتهم بالإرث والولاية.

ويثبت للأخ من الأم - أيضًا - الحضانة؛ لمراكضة الطفل في البطن، ووجود شفقته عليه؛ فيقدم بعد الآباء الإخوة من الأبوين، ثم من الأب ثم من الأم.

وعلى ما ذكره المزني وابن سريج يقدم الأخ من الأم على الأخ من الأب.

وفي «الشامل» حكاية وجه: أنه لا يقدم عليه أيضًا؛ لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، وإنما يستحق بقرابته، والأخ للأب أقوى.

[فإذا انقرض الإخوة، قدم أولاد الإخوة من الأبوين، أو من الأب، ولا حق لأولاد الأخ من الأم؛ لما ستعرفه.

فإذا انقرض أولاد الإخوة قدم العم من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهم، ولا حق للعم من الأم.

فإذا انقرض الأعمام وبنوهم قدم عم الأب، ثم عم الجد، وعلى هذا الترتيب.

وفي «الحاوي» وغيره حكاية وجه: أن الأعمام يقدمون على بني الإخوة، فإذا انقرض الأعمام قدم بنو الإخوة وإن سفلوا، فإذا انقرضوا فمن يقدم على هذا الوجه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أولاد الأعمام وإن سفلوا.

---

(١) في أ: يدلي.

(٢) في سقط في أ.

والثاني: يقدم عم الأب على أولاد العم، فإذا انقرض أعمام الأب، قدم أولاد العم، وإن سفلوا، وهكذا.

وفي الأخ من الأم - أيضًا - وجه: أنه يتأخر عن الأعمام.

قال: وقيل: لا حق لهم في الحضانة؛ لأن الذكورة بعيدة عن الحضانة؛ لافتقارها إلى الاستنابة فيها، وإنما أثبتت[(١)] للأب والجد؛ لما لهما من الولادة، ووفور شفقتهما، واعتنائهما[(٢)] بأمر الولد؛ ولذلك ثبتت لهما الولاية، وهذا المعنى مفقود في هؤلاء؛ فلا يتعدى الحكم إليهم، والقائل بهذا حمل قول الشافعي -رضي الله عنه-: وكذلك العصبة يقومون مقام الأب، إذا لم يكن أقرب منهم مع الأم وغيرها» على أن لهم تأديبه وتعليمه نهارًا.

وهذا الوجه يجري في الأخ من الأم - أيضًا - ومنهم من حكى وجهًا فيه دونهم؛ لأنه لا عصوبة له ولا ولاية.

فرع: إذا أثبتنا الحضانة لأولاد العم، ففي ثبوتها للمعتق عند فقد الأقارب وجهان، أحدهما: المنع، وهو ما أجاب به الماوردي؛ لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة.

فعلى هذا: لو كانت له قرابة، وهناك من هو أقرب منه، فهل ترجح؛ لانضمام عصوبة الولاء إلى عصوبة القرابة؟ فيه وجهان محكيان في «الحاوي» وغيره، ومثاله: ابن عم وعم.

واعلم أن قول الشيخ: «وأما الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم، فإنهم كالأب والجد في الحضانة»، إن أجري على ظاهره لزم منه عند اجتماع الرجال والنساء أن يقدموا بعد الآباء والأمهات على جميع النساء من الأخوات والخالات والعمات ومن يدلي بهن من بناتهن؛ لاختصاصهم بالنسب، واستحقاقهم القيام بتأديب المولود ونقله إلى وطنهم، وهو وجه حكاه الماوردي وابن الصباغ، والشيخ في «المهذب» وغيرهم. وإن حمل على أهل[(٣)] الحضانة دون المنزلة كان ذلك مع ظاهر ما قدمه من قوله: «ثم الأخوات، ثم الخالة، ثم العمة على ظاهر النص»، يقتضي ألا يتقدم أحد بعد الآباء والأمهات من الذكور على الأخوات والخالات والعمات [و][(٤)] لا يتقدم بعد الأخوات على الخالة[(٥)]، وهو وجه

---

(١) في د: أثبت.
(٢) في د: باعتنائهما.
(٣) في د: أصل.
(٤) سقط في أ.
(٥) غير واضحة في د.

حكاه في «المهذب»، والماوردي معبرًا عنه بأن جميع النساء من الأقارب، بعد فقد الآباء والأمهات أحق بالحضانة من جميع العصبات؛ فتقدم الأخوات والخالات والعمات ومن أدلى بهن من النساء على جميع العصبات من الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم؛ إذا أثبتنا لهم حق الحضانة لما فيهم من الأنوثة.

وحكينا - أيضًا - وجهًا ثالثًا، وصححه الماوردي، وتابعه على تصحيحه القاضي الروياني: أنه لا يترجح أحد الفريقين على العموم، مع تفاضل الدرج، ويترتبون ترتب العصبات في استحقاق الأقرب فالأقرب، فإن كان الرجال أقرب، قدموا، وكذلك النساء.

وإن[1] استوى الرجال والنساء في الدرج قدم النساء.

فعلى هذا: يقدم بعد الآباء والأمهات الأخوات، ثم الإخوة، فإذا عدموا انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات، ثم إلى بني الإخوة، فإن اجتمع ابن أخت وبنت أخ كانت بنت الأخ أولى.

فإذا عدمت درجة الإخوة والأخوات انتقلت الحضانة بعدهم إلى الخالات ثم إلى [الأعمام، ثم العمات.

فإذا عدموا، انتقلت إلى][2] بنات الخالات، ثم إلى بنات العمات، ثم إلى بنات العم، ثم إلى بني العم.

فإذا عدمت هذه الدرجة انتقلت إلى الدرجة التي تليها، وهي خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته، ثم أعمامه، ثم إلى أولادهم، وتكون بعدهم لأولادهم على ترتيبهم، ثم تستعلي على هذا القياس درجة بعد درجة.

قلت: وهذا الوجه فيه نظر من وجهين:

أحدهما : أن فيه تقديم بنات الأخوات والإخوة على الخالات والعمات.

وقد حكى الرافعي أن القولين - يعني: الجديد والقديم- متفقان عند انفراد النسوة على تقديم جنس الأخوات على الخالات، وعلى أن الخالات يتقدمن على بنات الأخوات والإخوة - كما حكيناه من قبل - فكيف يمكن أن يجعل هذا أصح مع مخالفته للجديد والقديم؟

الثاني : أن الروياني صحح - عند انفراد النسوة- تقديم الخالات والعمات

---

(١) في أ: إذا.

(٢) سقط في د.

على بنات الأخوات وبنات الإخوة - كما حكيناه عن القولين - وهنا صحح هذا، وهو مناقض له، فكيف يجمع بينهما؟!

وفيه - أيضًا - ما يوهم أن ابن الأخت له حق في الحضانة على الجملة، فإنه قال: إذا اجتمع ابن أخت وبنت أخ، كانت بنت الأخ أولى. وهذا يدل على ما ادعيناه، مع أنه لا حق له في الحضانة؛ لأنه ذكر غير وارث، وقد قال الماوردي: إنه لا حضانة لذكر غير وارث أصلاً. على أن في هذا وجهًا، سنذكره من بعد، والله أعلم.

فرعان:

أحدهما: إذا استوى اثنان في درجة من كل وجه - كأختين مثلاً - وتنازعا، أقرع بينهما.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقدم بما[١] يقدم به المتزاحمان على اللقيط.

الثاني: إذا كان في أهل الحضانة خنثى، نظر:

إن كان مستحقها رجلا، لم [يساو به][٢] الخنثى، وهل يقدم بذلك على المرأة، عند عدم الرجل؟ فيه وجهان.

ومثل ذلك يجري فيما إذا كان مستحقها امرأة، لكن على العكس.

فائدة: حكم المجنون، ومن به خبل وقلة تمييز، أو فقده[٣] - حكم الصبي فيما ذكرناه.

قال: وإذا بلغ الصبي سبع سنين وهو يعقل، خير بين الأبوين، أي: عند تساويهما في اجتماع شروط الكفالة، وطلب كل منهما الكفالة.

قال: فإن اختار أحدهما سلم إليه.

والأصل في ذلك ما روى الشافعي بإسناده عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ «خَيَّرَ غُلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ»[٤] . وروى عنه أبو داود من طريق آخر

---

(١) في د: ما. (٢) في أ: يساويه. (٣) في د: بعده.

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٦٢-٦٣) الباب السابع من الحضانة، برقم (٢٠٥)، والترمذي (٣/ ٦٣٨) كتاب: الأحكام، باب: تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، برقم (١٣٥٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٧) كتاب الأحكام، باب: تخيير الصبي بين أبويه، برقم (٢٣٥١).

قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم قالوا: يخير الغلام بين أبويه إذا وقعت بينهما المنازعة في الولد، وهو قول =

أنه قال: كنت جالسًا عند رسول الله ﷺ فجاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، إن هذا ولدي، وإن أباه يريد أن يذهب به، وإنه سقاني من بئر[١] أبي عنبة ونفعني؟ فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه»؛ فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟! فقال: رسول الله ﷺ] للغلام: «هَذَا أَبُوكَ، وَهَذِهِ أُمُّكَ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ، فَأَخَذَ الْغُلامُ بِيَدِ أُمِّهِ، فَانْطَلَقَتْ بِهِ»[٢].

وإنما يدعى بالغلام الصبي، وعنبة: بنون وباء، قاله الدارقطني.

ولأن القصد بالكفالة طلب الحظ للولد، وهو بظهور تمييزه أعرف بحظه؛ فوجب أن يرجع إليه؛ لأنه قد عرف من برهما ما يدعوه إلى اختيار أبرهما.

ولا نظر إلى كون أحدهما أكثر مالاً، أو أزيد في الدين، أو المحبة على الأظهر من الوجهين، بل يجري التخيير.

وخص التخيير بالسبع؛ لأنه سن التمييز - غالبًا - ولِهَذَا أَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الأَولِيَاء بِأَمْرِ الصِّبْيَانِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ[٣]، ويعتبر مَعَ الوُصُولِ إِلى هَذِهِ[٤] السِّنِّ وَالعَقْلِ أَنْ يَكُونَ عَارِفًا بأسباب الاختيار وضابطًا، فإن لم يكن كذلك أخر إلى حصول ذلك، وهو موكول إلى نظر القاضي واجتهاده.

= أحمد وإسحاق، وقالا: ما كان الولد صغيرا فالأم أحق فإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه.

(١) في أ: تبر.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٩٣) كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد حديث (٢٢٧٧)، والنسائي (٦/ ١٨٥) كتاب الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، وأحمد (٢/ ٢٤٦)، من طريق أبي ميمونة عن أبي هريرة-رضي الله عنه -.

(٣) أخرجه أبو داود (١/ ١٨٧) كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة؟، برقم (٤٩٤)، والترمذي (٢/ ٢٥٩) أبواب الصلاة، باب: متى يؤمر الصبي بالصلاة؟، برقم (٤٠٧)، وابن خزيمة (٢/ ١٠٢) برقم (١٠٠٢)، والحاكم (١/ ٣٨٩) كتاب الإمامة وصلاة الجماعة، باب: التأمين، والبيهقي في السنن الكبرى (٢/ ١٤)، من طريق عبد الملك بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده قال: قال النبي ﷺ .... الحديث.

قال أبو عيسى: حديث سبرة بن معبد الجهني حديث حسن صحيح، وعليه العمل عند بعض أهل العلم، وبه يقول أحمد وإسحاق، وقالا: ما ترك الغلام بعد العشر من الصلاة فإنه يعيد.

قال أبو عيسى: وسبرة هو ابن معبد الجهني، ويقال: هو ابن عوسجة.

وصححه ابن خزيمة، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٤) في أ، د: هذا.

وعلى هذه الحالة حمل الأصحاب ما حكي عن الشافعي في القديم: إذا بلغ سبعًا أو ثماني سنين، خير ولم يثبتوا ذلك قولاً.

وراعى المراوزة هذا المعنى فأثبتوا التخيير عند وجود التمييز، ولو قبل السبع.

والمراد من قول الشيخ: «الأبوين»: الأب وإن علا؛ يدل عليه قوله من بعد: فإن لم يكن له أب ولا جد.

وحكم أم الأم مع الأب أو الجد حكم الأم.

أما إذا لم يتشاحا في طلب الكفالة، بل رضي أحدهما بتسليمه إلى الآخر - فهو أحق به، ما لم يرجع ويطلبه، صرح به الماوردي وغيره.

ولو تدافعاه، فإن كان بعدهما من يستحق الكفالة: كأب الأب، وأم الأم - انتقل الحق إليهما. وإن لم يكن بعدهما من يستحقها؛ لتفرد الأبوين - فوجهان حكاهما صاحب الحاوي:

أحدهما: أن المولود على خيرته؛ فمن اختاره منهما أجبر عليها.

ولو كان هذا التمانع في وقت الحضانة أقرع بينهما، وأجبر على الحضانة من قرع.

والثاني - وهو المحكي في «النهاية»-: أن الحضانة ينحى بها نحو النفقة: فمن تجب عليه النفقة يجب عليه القيام بالحضانة؛ فإنها من المؤن المتعلقة بالكفالة[(١)]؛ وكذلك حكم الكفالة.

قال الإمام: ولو طلبت الأم الحضانة وطلبت الأجرة فهي بمثابة طلبها الرضاع، وأبدى فيه احتمالاً؛ من حيث إنها فيها وغيرها على وتيرة واحدة [ويمكنه من أن يحضن بنفسه وهل ينزل منزلة متبرعة؟ فيه تردد بين الأصحاب. قال الإمام: ولعل الظاهر أن ما يناله من التعب بمثابة الأجرة التي تطلبها الأجنبية فلا يكون هذا كوجدان متبرعة. وهذا من الإمام تفريع على أنها تستحق الأجرة][(٢)] بعد فصال الرضاع. أما إذا قلنا: إنها لا تستحق - وهو وجه حكاه القاضي الحسين - لأن حفظ الولد واجب عليها، في حال كونه عندها، فلا تأخذ الأجرة على شيء واجب عليها؛ فلا تفريع.

فرع: إذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة، ومثله من يخدم - [قام الأب][(٣)] بمؤنة خدمته، إما باستئجار خادم، أو ابتياعه، على حسب عادة أهل البلد وعرف أمثاله.

---

(١) في د: بالكفاية.	(٢) سقط في د.	(٣) في أ: للأب.

ولا يلزم الأم مع استحقاقها لحضانتها الأجرة أن تقوم بخدمته، إذا كان مثلها لا يخدم؛ لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة، وتربية الولد، والنظر في مصالحه، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة، ويستوي في ذلك الغلام والجارية؛ قاله الماوردي.

قال: فإن كان ابنًا واختار الأم، كان عندها بالليل، وعند أبيه بالنهار، أي: يؤدبه، ويعلمه أمور الدين والمعايش، ويسلمه إلى المكتب إن كان من أهل التعلم[(١)]، أو الحرفة؛ إن لم يكن من أهل التعلم[(٢)]، والمرجع في ذلك إلى عرف أهله، كما صرح به الماوردي؛ لأن المقصود من الكفالة حظه، وبهذا يحصل له الحظ.

وهكذا الحكم فيما إذا كان عندها قبل انتهائه إلى سن التخيير، وكان ذكيًّا فطنًا، والمرد فيه خمس سنين أو ست سنين، وإن لم يكن فطنًا فيؤخر إلى سن الكفالة.

قال: وإن اختار الأب كان عنده بالليل؛ أي: بحكم التخيير، والنهار، أي: بحكم رعاية مصالحه.

قال: ولا يمنع من زيارة أمه؛ كي لا يكون ساعيًا في العقوق وقطيعة الرحم، وهل ذلك على طريق الوجوب أو الاستحباب؟ الذي صرح به البندنيجي ودل عليه كلام الماوردي: الأول؛ فإنه قال: وعليه أن ينفذه إلى زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة، وإن كان منزلها قريبًا فلا بأس أن يدخل عليها [في كل يوم ليألف برها، ولو أرادت الأم زيارته لم يمنعها الأب من الدخول عليه،] لكن لا تطيل المكث. ولفظ البندنيجي: لا يحل له منعها منه.

قال: ولا تمنع من تمريضه[(٣)] إن احتاج؛ لأن المريض كالصغير في الحاجة؛ فكانت أحق به؛ لوفور شفقتها عليه؛ ولأن النساء بتعليل المريض[(٤)] أقوم من الرجال، فإن رضي الأب بأن تمرضه في بيته فذاك، ويجب الاحتراز عن الخلوة، وإلا فينقل الولد إلى بيت الأم.

وإذا مات الولد في بيت الأب لم تمنع من حضور غسله وتجهيزه إلى أن يدفن، وله منعها من زيارة قبره إن دفن في ملكه؛ لحق نفسه، وإن كان في غير

(١) في أ: التعليم.
(٢) في أ: التعليم.
(٣) في أ: بمريضه.
(٤) في أ: المرضي.

ملكه فكذلك، لكن لحق الله تعالى[1].

قال: وإن كانت بنتًا، فاختارت الأب أو الأم - كانت عنده، أي: عند من اختارته منهما بالليل والنهار؛ لتساوي الزمانين في حقها[2]، وحصول المقصود منها في بيتها، ولا يمنع الآخر من زيارتها، أي: في حال الصحة، وعيادتها، أي: في حال المرض؛ لما ذكرناه، ولكل منهما منع البنت من الخروج إلى زيارة الآخر، بخلاف الغلام؛ حيث قلنا: لا يمنع من زيارة أمه؛ لأن الجارية من الحرم؛ فتمنع من [البروز؛ لتألف الصيانة][3] وعدم التبرج.

فإن قيل: الأم إذا أرادت زيارتها، احتاجت إلى الخروج -أيضًا- فلم رجحت البنت عليها؟

قيل: لأن الحذر على البنت أكثر، وحالها في[4] الصغر أخطر، ولا تمنع من الخروج؛ للعيادة، وللأم إخراجها إلى بيتها؛ لأجل المرض، عند امتناع الأب من تمريضها في بيته؛ لأنها حالة ضرورة؛ فاتسع حكمها؛ كذا حكاه الماوردي، وابن الصباغ وغيرهما.

وفي «المهذب»: أنها إذا مرضت كانت الأم أحق بتمريضها في بيتها، مقتصرًا على ذلك.

قال: فإن اختار أحدهما، ثم اختار الآخر - حول إليه، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه؛ لأن ذلك حق للولد، لا عليه، وهو يقف على شهوته؛ فاتبع فيه إرادته كما يتبع إرادته بشراء الطعام، ولأنه قد [يبدو له الأمر على خلاف ما ظنه][5]، وقد يقصد مراقبة الجانبين.

ولا فرق في ذلك بين أن يتكرر منه أو لا، على ما يقتضيه إيراد الماوردي؛

---

(١) قوله: فيما إذا طلقت المرأة واختار الطفل الأب، وإذا مات الولد في بيت الأب لم تمنع من حضور غسله وتجهيزه إلى أن يدفن، وله أن يمنعها من زيارة قبره إن دفن في ملكه بحق نفسه، وإن كان في غير ملكه فكذلك، لكن بحق الله - تعالى - انتهى كلامه بحروفه.
وما جزم به من المنع من زيارة القبر إذا لم تكن في ملكه غير صحيح، فإن الصحيح المعروف جواز زيارة النسوة القبور، وقد نقله في كتاب الجنائز عن الأكثرين، ولعل الذي تكلم في هذا الفرع وأجاب بهذا الجواب فرضه فيما إذا كانت المرأة معتدة، فغفل المصنف عن ذلك. [أ و].

(٢) في د: حقهما.

(٣) في د: البر والتألف للصيانة.

(٤) في أ: إلى.

(٥) في د: تبدو له الأمر على خلاف باطنه.

حيث قال: وعلى هذا أبدًا كلما اختار واحدًا بعد واحد حول إليه.

وقال الإمام: إذا تردد الصبي ترددًا كثيرًا، قال الأصحاب: كان ذلك دالًّا على خرقه؛ فيتبين أنه ليس مميزًا، ويقر[1] في حضانة الأم، ثم قال: وهذا فيه نظر؛ فإنه لا ينكر في حالة الصبي وإن كان على كيس تام، وتمييز ولو تكرر ذلك ما أراه شاهدًا، ولا وجه عندي في ذلك إلا اتباعه، على شرط ألا تتعطل أركان الحضانة بالتردد.

واعلم أن الشيخ - رحمه الله - ذكر عند تخيير الصبي في حالة التنازع حالة من ثلاث أحوال، ولم يتعرض لما سواها، ولا غنى عن ذكرهما:

فالأولى: أن يختارهما؛ فلا يجتمعان فيه مع التنازع، ويقرع بينهما، فأيهما خرجت القرعة له، كان أحق بكفالته.

والثانية: ألا يختار واحدًا منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقرع بينهما - أيضًا - وهو ما حكاه في «المهذب».

والثاني - وهو الأشبه عند الرافعي، والمذكور في «البسيط»: أن الأم أحق؛ لأنه لم يختر غيرها، وكانت الحضانة لها؛ فتستصحب ما كان [لها][2].

قال: **فإن لم يكن له أب ولا جد، وله عصبة غيرهما - خير بين الأم وبينهم، على ظاهر المذهب**، أي: في أن لهم حقًّا في الحضانة، كما تقدم.

ووجهه ما روي عن عمار الجرمي قال: خَيَّرَنِي عَلِي - كرم الله وجهه- بَينَ أُمِّي وَعَمِّي، وَأَنَا ابْنُ سَبْعِ سِنِينَ أَو ثَمَانٍ، وَقَالَ لِأخٍ لِي هُوَ أَصْغَرُ مِنِّي: وَهَذَا -أيضًا لَو- قَدْ بَلَغَ لخيرته[3].

ولأنهم عصبة مناسبون كالأب.

وفيه وجه - على ظاهر المذهب- حكاه الماوردي والرافعي وغيرهما: أنه لا يخير، وتكون الأم أحق بكفالته من غير تخيير؛ لاختصاصها بالولادة.

قال: **فإن كان[4] العصبة ابن عم**، أي: تحل له - **لم تسلم البنت إليه**؛ لأنه ليس بمحرم؛ فتحصل الخلوة المحرمة.

---

(١) في د: ويعد.

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٦٣) كتاب الطلاق، باب: في الحضانة، برقم (٢٠٦)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ٤) كتاب النفقات، باب: الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة، والأم أحق بولدها ما لم تتزوج.

(٤) زاد في أ، د: المتنازع في حضانته بنتًا وكان.

وظاهر هذا الكلام يدل على أنها تخير بينه وبين الأم، لكن لا تسلم إليه، بل إلى غيره، وهو قضية ما في «الشامل»؛ فإنه قال: إذا كانت له بنت سلمت إليها. وقريب مما حكاه الرافعي فيما إذا أثبتنا له حق الحضانة، وبلغت حدًّا يشتهى مثلها، لم تسلم إليه، ولكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة، ويعطي أجرتها.

وإن كانت له بنت، سلمت إليها، والموجود في «المهذب» وتعليق البندنيجي وغيرهما: أنها لا تخير بينهما، وتكون الأم أحق بها.

وبنات الخالات وبنات العمات، إذا أثبتنا لهن حق الحضانة، وكان المحضون صغيرًا فإذا بلغ إلى سن يشتهي سقط حقهن، صرح به الرافعي، والله أعلم.

قال: **وقيل: لا حق لغير الآباء والأجداد في الحضانة** - أي: كما ذكره من قبل؛ فلا يخير بينهم وبين أمه ولو كان للصبي أب وأخوات من أم، أو خالات، وقدمناهن عليه في الحضانة - ففي تخييره بين الأب(١) وبينهن وجهان، ولو كان له عصبات من الرجال [ومن له حق الحضانة من النساء دون الأمهات، فهل يخير بينهن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها:](٢) لا يخير، وتكون العصبات أحق.

والثاني: لا يخير، وتكون نساء القرابات أحق.

والثالث: يخير بين عصباته وبين قراباته إذا تساوت درجتهم، فإن تساوى اثنان من عصبته كالأخوين، أو اثنتان من قراباته كالأختين - ففيه وجهان:

أحدهما: يخير بينهما أيضا.

والثاني: يقرع [بينهما](٣) ولا يخير، ويستحقه من قرع منهما، كذا قاله الماوردي.

واعلم أن ما ذكرناه من التخيير بين الأبوين ومن عداهما مفروض فيما إذا لم يكن [للمكفول](٤) زوج إن كان أنثى، أو زوجة إن كان ذكرًا، أما إن كان له زوج كبير، وأمكنه الاستمتاع بها، أو زوجة كبيرة وأمكنه الاستمتاع بها - فالزوج والزوجة أحق بكفالته وإن كانا أجنبيين من جميع قراباته؛ لما جعل الله بين الزوجين من المودة؛ فكان أسكن إليهما، وهما أعطف عليه.

---

(١) في أ: الأم.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

وإن لم يمكن الاستمتاع فهو كما لو لم يكن له زوج ولا زوجة.

نعم، لو كان الزوج أو الزوجة من أقاربه، فهل يرجح بعقد النكاح على غيره من الأقارب، أم لا؟ فيه وجهان. حكاهما الماوردي وغيره.

قال: وإن وجبت للأم الحضانة، فامتنعت - لم يجبر؛ لأنها تركت حقًّا لها، ومن ترك حقًّا له، لا يجبر على استيفائه.

أما إذا وجبت عليها، إما بأن لم يكن له أب وإن علا، ولا مال له، أو تمانعا، وفرعنا على ما حكاه الماوردي من خروج القرعة، وإجبار من خرجت القرعة عليه، كما حكيناه من قبل فتجبر؛ كما يجبر كل من امتنع من حق وجب عليه.

قال: وتنتقل إلى أمها(١)، وكذا لو غابت بالقياس على ما لو ماتت [أو جنت](٢).

قال: وقيل: تنتقل [إلى الأب، وهو قول أبي سعيد الإصطخري على ما حكاه ابن الصباغ](٣)، وبه قال ابن الحداد، على ما حكاه الرافعي؛ لأن أهليتها باقية، وإنما تركت حقها، فلم ينتقل [منها](٤) إلى من يدلي بها؛ بخلاف ما إذا ماتت [أو جنت](٥)، ينتقل إلى الأب؛ لأنه أولى من الحاكم؛ ألا ترى أن ولاية النكاح إذا مات الأقرب أو جن، انتقلت إلى الأبعد، وإذا غاب(٦) أو عضل ينوب عنه السلطان، [ولا يزوج الأبعد؟!

قال الرافعي: وقد قال ابن الحداد - على ما حكاه المتولي-: إنها تنتقل إلى من يوليه السلطان](٧).

والذي رأيته في «التتمة» في هذا الموضع ما حكيته عن الإصطخري لا غير. [نعم](٨)، حكى فيما إذا وجبت الحضانة للأب فغاب، عن ابن الحداد: أن الحضانة تنتقل إلى السلطان؛ اعتبارًا بولاية النكاح؛ لأنها حق عليه، ويفارق(٩) جانب الأم؛ لأنها تركت حقا لها، وما استشهد به كما يمنع نقل الولاية إلى من يدلي بالممتنع يمنع نقلها إلى من يدلي بغيره، فلا يحسن التمسك به.

وحكى الإمام هذا الوجه عن الخلافيين في القريب إذا غاب، ثم قال: ولست

---

(١) في د: أمهاتها.
(٢) في أ: أوجبت.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: أوجبت.
(٦) في أ: غادت.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: ويقارب.

أحكي مثل ذلك ليلتحق بالمذهب، ولكن أذكره؛ ليتبين أنه لم يذكره المعتمدون؛ فيقطع عن المذهب، مع أن الفرق بين ولاية النكاح وهذه أن الغائب يمكنه التزويج في الغيبة، فإذا لم يفعل، ناب السلطان عنه، والحضانة في الغيبة ليست بممكنة؛ فصار كما إذا نكحت مستحقة الحضانة، لما لم يمكنها القيام بها سقط حقها، وانتقل إلى من بعدها؛ وهكذا الحكم في كل من امتنع من الحضانة؛ فإنها تنتقل إلى من يليه.

قال: ولا حق في الحضانة لأب الأم؛ لضعف قرابته؛ ألا ترى تقاعده عن إفادة الولاية والإرث، وتحمل العقل؟! فكذلك يتقاعد[١] عن إفادة الحضانة.

وفيه وجه: أن له حقًّا؛ لأن له قرابة تدعو إلى الشفقة والتربية.

وهذا الخلاف يجري في كل ذكر أدلى بأنثى، غير الأخ: كالخال والعم للأم[٢]، وابن الأخت وابن الخال وابن العمة.

وأجري - أيضًا - في ابن الأخ للأم وابن الخال.

وإذا قلنا به، فيتأخرون عن المحارم الوارثين وعن[٣] الوارثين الذين لا محرمية لهم.

وإذا تنازعوا في أنفسهم، فمن له ولادة مقدم على من لا ولادة له؛ [فأبو الأم يقدم][٤] على الخال، فإن انتفت الولادة عنهم كالخال والعم للأم ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء؛ فيقرع بينهما.

والثاني - وهو الأشبه-: أنه يستحقها من قوي سبب إدلائه؛ فيكون الخال مقدما على العم للأم وهكذا.

قال: ولا لأمهاته - أي: إذا قلنا: لا حق لهم؛ لأنها تدلي بمن لا حق له في الحضانة بحال ولا عصوبة؛ فأشبهت الأجانب، واحترزنا بقولنا: بحال عن [أم][٥] الأم إذا كانت الأم فاسقة، أو مزوجة؛ لأن لها حقًّا على الجملة. وبقولنا: ولا عصوبة، عن بنت الأخ إذا قلنا: لا حق له في الحضانة؛ فإن الحضانة لها، وإن كانت مدلية به؛ لكونه عصبة ولكون[٦] له نوع منها، وهو تأديبه وتعليمه، كما صرح به ابن الصباغ.

---

(١) في أ: يتباعد.
(٢) في د: للأب.
(٣) في أ: وغير.
(٤) في أ: فإن الأم تقدم.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: ولكن.

وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أن لها حقًّا، ولكن تؤخر عن جميع النساء.

والثاني: لها حق، وتقدم على الأخوات والخالات؛ وهذا حكاه الشيخ أبو علي، واستحسنه الإمام، واستشكل المذهب من حيث إنها على عمود النسب، وهي أصل المولود، وذلك حكم يناط[١] بالبعضية، فهو متعلق بها؛ كاستحقاق النفقة، والعتق[٢] عند جريان الملك، وإن نظر إلى عدم استحقاق الإرث فالخالات ساقطات عند من لا يورث بالرحم، ولا خلاف [أنهم مستحقون][٣] للحضانة.

وهذا الخلاف يجري في كل جدة ساقطة، وكل محرم يدلي بذكر لا يرث[٤]، وإن شئت قلت: يدلي بأنثى، كما قال الإمام، وذلك مثل بنت ابن البنت، وبنت العم للأم، وعمات الأم، وبنات ابن الأخ للأم وبنت الخال، وبنت ابن الأخت.

فرع: إذا انفردن[٥]، وتنازع منهن اثنتان: فإن كان في إحداهما ولادة ليست في الأخرى: كأم أبي الأم، مع بنت الخال - كانت الأولى أحق. ولو لم يكن فيهما ولادة: كبنت الخال وبنت العم - ففيه وجهان:

أحدهما: يستويان، ويقرع بينهما.

والثاني: يقدم من قوى سبب إدلائها. وهو الأشبه.

[فرع] آخر: إذا تنازع ذكر ممن يدلي بالإناث المذكورات، وواحدة ممن ذكرناهن - نظر:

إن لم يدل واحد منهما بالآخر كانت الأنثى أحق، ما لم يكن في الذكر ولادة، سواء قربت، أو بعدت.

وإن كانت من جهته: كأب الأم، وأمه، فمن أحق بها؟ فيه وجهان:

أحدهما: الذكور؛ لأنهم أقرب ممن أدلى بهم.

والثاني: الإناث، مع بعدهن ممن أدلين به من الذكور؛ لأنوثتهن؛ فتكون أم أب الأم أحق من أب الأم، وبنت الخال أحق من الخال، حكاه الماوردي.

قال: ولا لرقيق.

---

(١) في د: باطنًا.

(٢) في أ: والنفقة.

(٣) في د: أنهن مستحقين.

(٤) في أ: يورث.

(٥) في د: انفردت.

شرع الشيخ -رحمه الله - من هاهنا في بيان ما يمنع من ثبوت حق الحضانة، مع وجود سببها - وهو القرابة - وهو بعينه مانع من الكفالة، وجملة ما قيل فيه سبعة مواضع، أربعة ذكرها الشيخ:

فمنها: الرق، والدليل على أنه لا حضانة للرقيق أن منفعته للسيد، وهو مشغول به غير متفرغ للحضانة، وكذا لو أذن له السيد؛ لأنها نوع ولاية، والرقيق لا ولاية له.

ولا فرق في ذلك بين الرجال والنساء إذا كان الولد حرًّا، وتكون حضانته لمن ينتقل إليه بعد الرقيق من الأقارب، فإن لم يكن كانت في بيت المال[(١)] .

أما إذا كان الولد رقيقًا، فحضانته على سيده - أيضًا - لكن هل للسيد إذا كان مالكًا لأمه نزعه منها في سن الحضانة والكفالة، وتسليمه إلى غيرها؟ فيه وجهان حكاهما البندنيجي، وجزم الماوردي بالمنع في سن الحضانة، وحكى قولين في سن الكفالة، وهو بعد السبع إلى البلوغ كما ذكرناه.

وحكى فيما إذا كان أبوه مِلْكًا لسيده في جريان حكم الأم عليه في المنع من التفرقة وجهين.

ولو كانت الأم حرة والولد رقيقًا، فكذلك حضانته لسيده، وفي الانتزاع منها الخلاف.

وحكم المدبر والمعتق بصفة - حكم القن، وكذا المكاتب.

نعم: إذا قلنا: إن ولد المكاتبة تستعين به في الكتابة يسلم إليها، لا لأن لها حق الحضانة؛ بل لأنه لها، وأم الولد بالنسبة إلى ولدها [من نكاح أو زنى حكمها حكم الرقيقة، وكذا بالنسبة إلى ولدها من][(٢)] سيدها، على الصحيح.

وعن الشيخ أبي حامد: أن لها الحضانة، دون الكفالة.

قال الروياني: والمصلحة الفتوى [به][(٣)] .

والمعتق نصفه ملحق بالرقيق.

ولو كان بعض الولد حرًّا، وبعضه رقيقًا - فنصف حضانته للسيد، ونصفها لمن تكون حضانته له من أقربائه الأحرار، فإن اتفقوا على المهايأة، أو على استئجار من يحضنه، أو رضي أحدهما بالآخر - فذاك، وإلا استأجر الحاكم من

---

(١) في د: الخال.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

يحضنه، وأوجب المؤنة على السيد، وعلى من يقتضي الحال الإيجاب عليه.

قال: ولا فاسق؛ لأنها ولاية، ليس فيها شائبة الاكتساب، والفاسق ليس من أهل الولايات.

ولأنه لا يؤمن من أن يخون في حفظه، وينشأ على طريقته.

وفي عدول الشيخ عن اشتراط العدالة إلى اعتبار نفي الفسق، دلالة على أنا لا نشترط تحقق العدالة الباطنة(١)، بل يكفينا(٢) نفي الفسق، وذلك يحصل بالعدالة الظاهرة، كما في شهود النكاح، كما صرح به الماوردي.

وعلى هذا: لو اختلف الأبوان، فادعى أحدهما فسق الآخر؛ ليفوز بالكفالة من غير تخيير، لم يقبل قوله فيه، ولم يكن له إحلافه عليه، وكان على ظاهر العدالة، حتى يقيم مدعي الفسق عليه بينة. حكاه الماوردي.

قال: ولا كافر على [مسلم](٣)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

ولأن في ذلك خشية أن يفتنه عن دينه؛ فلا حظ له فيه.

ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم.

قال: وقيل: للكافر حق، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري، وحكاه الرافعي في آخر الفصل عن ابن أبي هريرة أيضًا، وتمسك قائله بما روي أن النبي ﷺ خير غلامًا بين أبيه المسلم وأمه الكافرة، فمال إلى الأم، فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِهِ»؛ فعدل إلى أبيه(٤).

وعن بعض الأصحاب: أن الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم، بخلاف الكفالة؛ فإن الأب أحق بها.

والمذهب: الأول، وأما الخبر فقد قال ابن الصباغ والماوردي: إنه ضعيف عند

---

(١) في أ: البائنة. (٢) في د: يكفيها. (٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه النسائي (٦/ ١٨٥) كتاب الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) كتاب الأحكام، باب: تخيير الصبي، برقم (٢٣٥٢)، وأحمد (٥/ ٤٤٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ١٦٠) برقم (١٢٦١٦)، وابن أبي شيبة (٦/ ٩) برقم (٢٩٠٦٢)، من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ الحلم فأجلس النبي ﷺ الأب ههنا والأم ههنا ثم خيره فقال: اللهم اهده فذهب إلى أبيه» وهذا لفظ النسائي.

أهل الحديث، وإن صح، فهو منسوخ، على ما حكاه في «المهذب»؛ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم إلى الكافر.

قال مجلي: ولعل نسخه وقع بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

أو يحمل على أنه - عليه السلام- عرف أنه يستجاب دعاؤه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصد بالتخيير استمالة قلب الأم.

قال الماوردي: ولأنه -عليه السلام- دعا بهدايته إلى مستحق كفالته، لا إلى الإسلام؛ لثبوت إسلامه بإسلام أبيه، فلو كان لأمه حق لأقرها عليه، ولما دعا بهدايته إلى مستحقه.

وولد الذميين في الحضانة كولد المسلمين؛ فالأم أحق بها، قاله الرافعي.

وفي البندنيجي: أنهما إذا ترافعا إلينا حكمنا بينهما بحكم المسلمين. وهو قريب من الأول، وقد يوهم[١] خلافه.

فرع: لو وصف صبي من أهل الذمة الإسلام، نزع منهم، ولم يمكنوا من كفالته، صححنا إسلامه أو لم نصححه.

والطفل الكافر: هل يثبت لقريبه المسلم حق حضانته؟

قال في «التتمة»: الصحيح من المذهب ثبوته، وفيه وجه آخر؛ بناء على أن القريب الذي ليس بوارث لا حضانة له. قال: ويجري هذا الخلاف فيما نحن فيه إذا جن الذمي وله قريب مسلم، هل يثبت له حق الحضانة؟

قال: ولا حق للمرأة إذا نكحت؛ لقوله ﷺ: «أَنتِ أَحَقُّ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[٢]، وروي أنه - عليه السلام - قال: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بوَلَدِهَا مَا لَم تَتزَوَجْ»[٣].

---

(١) في أ: توهم.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٠٥) كتاب النكاح، باب: في المهر، برقم (٢١٩)، من طريق المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن امرأة خاصمت زوجها في ولدها فقال النبي ﷺ ... الحديث.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٤/ ٣٧): «وفيه المثنى بن الصباح؛ وهو ضعيف، ويقويه ما رواه عبد الرزاق عن الثوري، عن عاصم، عن عكرمة؛ قال: خاصمت امرأة عمر عمر إلى أبي بكر، وكان طلقها، فقال أبو بكر: هي أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج».
قلت: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ١٥٤)، برقم (١٢٦٠٠).

ولأن النكاح يشغلها بحق الزوج[(١)] ويمنعها من الكفالة، ويتعير به، ولا أثر لرضا الزوج؛ كما لا أثر لرضا السيد بحضانة الأمة.

نعم، لو رضي معه الأب بذلك سقط حق الجدة من الحضانة -على الأصح- فيكون عند الأم.

وقيل: لا يسقط حق الجدة برضا الأب، قاله في «التهذيب».

وبهذا يظهر لك أن المراد بالجدة: [أم الأم][(٢)] ، لا أم الأب.

قال: **حتى تطلق** - أي: وإن كان رجعيًّا - [لأن به][(٣)] يزول المانع، وهو اشتغالها بحق الزوج.

وهكذا الحكم في كل مانع، إذا زال، فإنه يعود حق الحضانة كما كان وإذا راجع المطلقة، سقط حقها أيضًا.

وخرج ابن سريج قولاً: أن الطلاق الرجعي [لا][(٤)] يكفي حتى تنقضي العدة؛ لبقاء أحكام الزوجية، وهو اختيار المزني.

والمسألة مصورة في الطلاق الرجعي والبائن فيما إذا رضي المطلق بدخوله منزل العدة إن كان له، أو لم يرض، وكان لها. أما إذا كان له ولم يرض، لم يكن لها أن تدخله فيه.

وقد فهم من كلام الشيخ: أن حقها من الحضانة لا يعود بما عدا الطلاق وإن كان مُحرَّمًا كالظهار قبل التكفير وغيره.

فرع: تقدم أن الرجعية تستحق النفقة في زمن العدة، فإذا أخذت في حضانة ولدها من غير رضا المطلق، وكان المسكن لها - فالمذهب: أن نفقتها [لا تسقط.

وحكي عن الشيخ أبي علي أنها تسقط؛ كما لو كانت في صلب النكاح؛ فإن الرجعية تستحق][(٥)] نفقة الزوجة؛ فتسقط نفقتها بما تسقط به نفقة الزوجات.

قال الإمام: وهذا عندي هفوة؛ فإن الزوجة في غيبة الزوج لو حضنت[(٦)] الولد، [وأخذت][(٧)] تحترف على وجه لو اشتغلت بمثله في حضور الزوج،

---

(١) في د: التزويج.
(٢) في د: أم أم الأم.
(٣) في د: لأنه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ، د: أحضنت.
(٧) في د: أو أخذت.

وزاحمت به حقه لكانت ناشزة - فلست أراها ناشزة في الغيبة.

قال: إلا أن يكون زوجها جد الطفل، [أي: أب أبيه؛ لأن له حقًّا في الحضانة؛ فلا يسقط نكاحه حقها؛ كما لو كانت في نكاح الأب، وصورة المسألة إذا كانت الحاضنة جدة: أن يتزوج رجل بامرأة ويتزوج ابنه بابنتها من غيره، ثم يجيء لابنه ولد، ثم تموت الأم؛ [فتنتقل الحضانة إلى أم الأم، وهي زوجة الجد. أما الجد أبو الأم][(١)] فالذي يظهر من كلام الأئمة - حيث صوروا المسألة بما ذكرناه: أنه كالأجنبي، إذا قلنا: لا حق له في الحضانة، وإلى ذلك يرشد - أيضًا - كلام البغوي؛ حيث قال: الحق للأب إذا نكحت، إلا أن تنكح الجدة جد الطفل: إما أبا الأب، أو أبا الأم إن ثبتت له الحضانة.

وفي «الجيلي» حكاية عن «الحلية» و«البحر»: أنه لا فرق بينه وبين أب الأب، وأن الفتوى الآن عليه؛ لأنه ليس بأجنبي، وإن لم يكن له حق الحضانة.

وفي كلام القاضي الحسين إشارة إليه؛ فإنه قال: قال الشافعي: إذا نكحت الأم، بطل حقها، وأمها - وهي الجدة - أولى بحضانته ما لم تتزوج هي، إلا أن يكون زوجها جد الطفل - فالجد والد - إذا رضي أن يكون عنده؛ لأن له ألا يدخل منزله ابن ابنته.

واعلم أن كلام الشيخ يقتضي أنها لو تزوجت بمن له حق في الحضانة، غير الجد - لا تكون لها الحضانة، وهو وجه حكاه الماوردي وغيره؛ لظاهر الخبر، ولما يجذبها الطبع إليه من التوفر على الزوج، ومراعاة أولادها منه، وليس كالجد؛ فإن الجد تام الشفقة، قوى القرابة.

والأشبه عند الرافعي - وبه قال القفال، وهو المذكور في «التتمة»، وقال البغوي: إن صاحب «التلخيص» خرجه من الجد-: أنه لا يبطل حقها.

ووجهه: ما روى أبو داود -رضي الله عنه- أنه «لما قتل حمزة، وتنازع في حضانة ابنته علي بن أبي طالب، وقال: بنت عمي، وعندي بنت رسول الله ﷺ وجعفر بن أبي طالب -أيضًا - وقال: بنت عمي وعندي خالتها - قال رسول الله ﷺ: «الْخَالَةُ أُمٌّ»، وسلمها إلى جعفر»[(٢)].

والقائل الأول حمل ذلك على أنه -عليه السلام- رجح جعفرًا، مع مساواته[(٣)]

---

(١) سقط في د. (٢) تقدم تخريجه. (٣) في أ: تساويه.

لعلي في القرابة - بالخالة، لا على ترجيح الخالة على غيرها.

وفي «ابن يونس»: أنه قيل: [إنه][(١)] إذا كان المنازع للأم في الحضانة أعلى درجة من زوجها أسقط حق الحضانة وليس بشيء، وهذا أخذه من قول مجلي: إن الشيخ أبا علي ذكر أن العم إذا نكح أم الطفل، مع وجود الأب - بطل [حق الأم][(٢)]؛ لأن الأب أولى من العم؛ فصار بالإضافة إلى الأب في الحضانة كالأجنبي.

ثم قال: وهذا الوجه الذي ذكره لا يجري إذا كان منازعها في الكفالة في درجة الزوج، ويجري إذا كان مقدمًا عليه.

وهذا كله فيما إذا رضي الزوج بأن تحضنه الزوجة، أما إذا منعها من ذلك فإنه يسقط حقها، صرح به الماوردي وغيره.

والثلاثة الباقية من الموانع:

الجنون، فلا يثبت للمجنون حضانة؛ لأنه لا يتأتى منه الحفظ والتعهد، بل هو في نفسه محتاج إلى من يحضنه، ولما كان هذا المانع معلومًا بالبديهة لم يحتج الشيخ إلى ذكره.

ولا فرق فيه بين الجنون المطبق والمتقطع[(٣)]؛ لأنه بعد الإفاقة يبقى في خبل الجنون، ولا يؤمن أن يطرأ الجنون في غفلةٍ؛ فلا يؤمن على الصبي، اللهم إلا أن يقل جنونه في الأحيان الكثيرة، ولا تطول مدته: كيوم في ستين -مثلاً- فلا يكون إذ ذاك مانعًا، بل هو كمرض يطرأ ويزول.

وثانيها: المرض الذي لا يرجى زواله: كالسل، والفالج؛ إذا كان يؤلم، ويشغل المريض عن الكفالة وتدبير أمر المكفول.

نعم، لو كان تأثيره في نفس الحركة والتصرف، فينظر:

إن كان ممن يباشر الكفالة بنفسه فالحكم كذلك؛ لما يدخل على الولد من النقص فيها، وإن كان ممن يدبر الأمور ويباشرها غيره، فلا يكون مانعًا.

والعمى هل يمنع؟ لم أر للأصحاب فيه شيئًا، [غير أن][(٤)] في كلام الإمام ما يستنبط منه [أنه][(٥)] مانع؛ فإنه قال: إن[(٦)] حفظ الأم للولد الذي لا يستقل ليس

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: والمنقطع.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) زاد في أ: في.

مما يقبل الفترات(١) ؛ فإن المولود في حركاته وسكناته، لو لم يكن ملحوظًا من مراقب لا يسهو ولا يغفل - لأوشك أن يهلك. ومقتضى هذا: أن العمى يمنع؛ فإن(٢) الملاحظة معه - كما وصف - لا تتأتى.

وقد يقال فيه ما قيل في الفال؛ إذا كان لا يُلْهِي عن الحضانة، بل يمنع الحركة.

وثالثها: فقد(٣) **الرضاع منها** إذا كان الولد رضيعًا؛ إما بامتناعها، أو لعدم اللبن، وهو ما أجاب به الأكثرون؛ لعسر استئجار مرضعة تُخْلي(٤) بيتها وتُنْقَل إلى سكن الأم.

وفيه وجه: أنه ليس بمانع، وهو ما صححه في «التهذيب».

واعلم: أن الحضانة متى سقطت في حق شخص بشيء مما ذكرناه انتقلت إلى من كانت تنتقل إليه لو مات ذلك الشخص.

قال: وإن أراد الأب أو الجد الخروج إلى بلد تقصر فيه الصلاة بنية الإقامة، والطريق آمن وأرادت الأم الإقامة - كان الأب والجد أحق به أي: إذا كان من أهل الحضانة كما ذكرناه، وإلا فالأم أحق به.

قال: والعصبة من بعده - أي: الذين لهم حق الحضانة إذا ثبتت لهم وأرادوا السفر؛ لأن في كونه عندها(٥) حضانة، وفي كونه مع الأب أو العصبة حفظ نسبه وحصول تأديبه مع الحضانة؛ فكان أولى. وإنما قلنا: إن فيه حفظ نسبه؛ لأنه إذا طالت المفارقة بين الولد وبين أبيه، أو عصبته، لا يؤمن اندراس نسبه وخفائه؛ فيتضرر به الولد والوالد أيضًا.

واحترز الشيخ بالقيد الأول عما إذا أراد الانتقال من البلد إلى البادية؛ فإن الأم أحق به، صرح به القاضي الحسين في «التعليق» في أثناء كلامه؛ إلحاقًا له باللقيط.

وبالثاني: عما دون مسافة القصر؛ فإن ذلك لا يسلط الأب على الانتقال به إذا كان الحق للأم، وهو ما جزم به البغوي، والماوردي، وهو في «المهذب». ويقال: إنه اختيار الشيخ أبي حامد.

وفي «الرافعي» حكاية وجه: أنه كمسافة القصر، وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي الروياني؛ لفوات التأديب.

---

(١) في أ: الغيرات.
(٢) في أ: من.
(٣) في د: بعد.
(٤) في د: نخل.
(٥) في د: عند.

وبالثالث: عما إذا أراد السفر لحاجة: كحج أو تجارة، أو نحو ذلك -فإنه لا يسافر بالولد؛ لما في السفر من الخطر والضرر، ولا فرق في ذلك بين طويل السفر وقصيره.

وعن الشيخ أبي محمد وجه: أن للأب السفر به؛ إذا كانت[١] تطول مدة السفر.

وبالرابع: عما إذا كان الطريق مخوفًا؛ فإنه لا تجوز المسافرة به، [ومن طريق الأولى إذا كان البلد الذي يقصد الإقامة به كذلك. ويلتحق بهذا السفر في الحر الشديد والبرد الشديد.

وبالخامس: عما إذا أرادت الأم السفر معهما[٢] ؛ فإنها باقية على حقها؛ لإمكان تحصيل المقصود منهما.

ولا يلتحق بالعصبة المحرم الذي لا عصوبة له: كالخال، والعم للأم؛ إذا أثبتنا لهم حق الحضانة؛ لأن النقل لحفظ النسب، ولا نسب لهم، والأم إذا أرادت النقلة، وأراد الأب الإقامة، كان أحق به - أيضًا - إلا إذا كان سفرها دون مسافة القصر؛ فإنه على الخلاف السابق، وحكم من علا من الأبوين حكم الأبوين.

فروع:

أحدها: قال في «التتمة»: لو كان للولد جد مقيم وأراد الأب الانتقال، كان له أن ينتقل بالولد، وكذا حكم الجد عند[٣] عدم الأب لا يمنعه من نقله الأخ والعم.

لكن لو لم يكن له أب ولا جد، وأراد الأخ الانتقال، وهناك[٤] ابن أخ أو عم مقيم - فليس له أن ينتزع الولد من الأم وينقله.

[وفرق][٥] بأن كلاًّ من الأب والجد أصل في النسب؛ فلا يعتني به غيرهما كعنايتهما، و[غيرهما][٦] ومن الحواشي يقرب بعضهم من بعض، والمقيم منهم يعتني بحفظه؛ كالغائب].

الثاني: لو اختلفا في نية الإقامة فالقول قول المسافر؛ لأنه أخبر بقصده. لكن مع اليمين أو بغير يمين؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول؛ لما فيه من إبطال حق الحضانة، ومقابله محكي عن القفال.

الثالث: [قال الرافعي: إذا كان كل واحد من الأبوين يسافر سفر حاجة،

---

(١) في أ: كان.
(٢) في د: معها.
(٣) في د: مع.
(٤) في أ: وهنا.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في د.

واختلف بهما القصد والطريق - يشبه أن يدام حق الأم.

ويجوز أن يقال: يكون مع الذي مقصده أقرب، أو مدة سفره أقصر.

قال: وإذا بلغ الغلام ولي أمر نفسه - أي: إذا كان رشيدًا - لاستغنائه عمن يكفله، ومخاطبته بالأحكام؛ فلا يجبر على أن يكون عند أحد الأبوين، ولكن الأولى ألا يفارقهما؛ ليخدمهما، ويصل إليهما بره.

قال الماوردي: ومقامه عند الأب أولى من مقامه عند الأم؛ للمجانسة، واتفاقهما على التصرف.

وهذا إذا لم يكن ثم ريبة، أما إذا كان أمرد، وثم ريبة وخيف من انفراده فتنة[١] - فقد حكي في «العدة» عن الأصحاب: أنه يمنع من مفارقة الأبوين.

ولو بلغ عاقلاً غير رشيد، فقد أطلق مطلقون: أنه كالصبي تدام حضانته.

وقال ابن كج: إن لم يكن مصلحًا لماله، ولم يحسن تدبير نفسه - كان الحكم كذلك، وإن كان عدم رشده بسبب دينه فالمذهب: أنه يسكن حيث شاء.

وعن أبي الحسين: أن بعض الأصحاب قال: تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه.

قال: وإن بلغت الجارية كانت عند أحدهما، حتى تزوج - أي: وتزف كما قيد في «التهذيب»؛ لأنها قبل ذلك متعرضة للآفات؛ فالتحقت بما قبل البلوغ.

وظاهر كلام الشيخ يقتضي أن ذلك على سبيل الوجوب، وقد حكاه ابن كج عن ظاهر المذهب، ورجحه الإمام والغزالي؛ لأن للأب والجد إجبارها على النكاح، وهو أعظم حبسًا؛ فلأن يجوز لهما الحبس في البيت كان أولى.

لكن حكى الماوردي عن الشافعي - رضي الله عنه-: أنه قال: وأكره للجارية أن تعتزل أبويها حتى تزوج[٢]؛ لئلا تسبق إليها ظنة، ولا يتوجه إليها تهمة وإن لم تجبر على المقام معهما.

قال الرافعي: وهذا هو الذي يوجد في كتب أصحابنا العراقيين.

وعلى هذا: مقامها عند الأم أولى.

وهل يقوم الأخ والعم مقام الأب والجد في هذه الولاية؛ إذا قلنا بالوجوب؟ فيه وجهان في «التهذيب»، المذكور منهما في «الوسيط» و«البسيط»: لا، بل تختص بالأب والجد؛ كولاية الإجبار.

---

(١) في أ: فقه.　　(٢) في أ: تتزوج.

وهذا كله في البكر إذا لم يكن ثم [تهمة ولا][١] ريبة، أما الثيب، فلا تجبر على ذلك بالاتفاق، بل هو مستحب في حقها.

وإذا كان ثم تهمة فللأب والجد ومن يلي من العصبات تزويجها منعها من الانفراد، وإن كانت ثيبًا.

ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه - إن رضي ذلك - أو يضمها إلى أحد من أهلها.

قال الماوردي: والنساء بذلك أشبه.

وغير المحرم يسكنها في موضع يليق بها، ويلاحظها؛ صيانة لها، ودفعًا للعار عن النسب.

وألحق في «الحاوي»، وفي «التهذيب» الأم بالأب في ذلك.

فرع[٢] : إذا ادعى الولي أن ثمة ريبة، ذكر[٣] الأصحاب في ذلك احتمالين:

أحدهما : أن الاحتكام على العاقلة بمجرد الدعوى بعيد.

والثاني - وهو الأقرب- : أنه يؤخذ بقوله، ويحتاط بلا بينة، فإن إسكانها[٤] في موضع [أكرم لهم][٥] من الافتضاح.

فرع آخر: حكى الجيلي: أن الصغيرة التي لا تشتهي إذا كانت في حضانة الأم أو الجدة[٦] ، وأراد من له الحضانة من المحارم نقلها إلى مسكن له؛ للخوف عليها أو ريبة، وامتنعت الأم أو الجدة من الانتقال معها - فله أخذها منها.

فلو امتنعت حيث يجب، أو هربت مع الولد، أو سرقت الولد - لم تجب على الأب النفقة والحالة هذه، وعزاه إلى «فتاوى» الغزالي.

قال: ومن بلغ منهما معتوهًا كان عند الأم؛ لأنه لا يهتدي إلى مصلحة نفسه؛ فكانت الأم أحق به؛ لقربها، ومعرفتها، ووفور حنوها وشفقتها عليه كالصغير.

وهذا إذا لم يكن له زوج أو زوجة، فإن كان فالزوج أو الزوجة أحق بكفالته من الأب والأم على ما حكاه الماوردي؛ لأنه لا عورة بينهما، ولوفور السكون إلى كل واحد منهما، بخلاف ما لو كان له أم ولد؛ فإن الأم أحق به؛ لأن ثبوت الرق يمنع من استيلائها، لكن تقوم بخدمته، وتقوم الأم بكفالته.

ولو كان له عند عدم الأبوين بنت كان لها حضانته؛ قاله القاضي ابن كج.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: منها.
(٣) في أ: وذكر.
(٤) في أ: أسكنها.
(٥) في أ: إكراه أهم.
(٦) في أ: الجد.

كتاب الجنايات

الجنايات: جمع «جناية»، وجمعت وإن كانت مصدرًا؛ لتنوعها إلى: عمد، وخطأ، وعمد خطأ.

وأصل الجناية: صدور ما يؤثِّر في الشيء، مقترنًا [بالأذى، حتى من شتم إنسان يقال: جنى عليه، والمراد بها هاهنا: الجراحة وما في معناها][1]، مما سيتضح [لك][2] إن شاء الله.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ج.

باب من يجب عليه القصاص

[قال][1]: باب من يجب عليه القصاص، ومن لا يجب القصاص - بكسر القاف، كما قال الأزهري-: المماثلة، وهو مأخوذ من «القص»، وهو القطع.

وقال الواحدي وغيره من المحققين: هو من اقتصاص الأثر، وهو تتبعه؛ لأن المقتص يتتبع[2] جناية الجاني؛ فيأخذ مثلها، ويقال: اقتص من غريمه، واقتص السلطان فلانًا، أي: أخذ له قصاصه، واستقص فلان فلانًا: طلب قصاصه منه.

والأصل في وجوب القصاص[3]: قبل الإجماع:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [الآية][4] [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣] وهو القصاص بالاتفاق.

وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] أي: فإن[5] الإنسان إذا علم أنه إذا قَتَلَ قُتِلَ كف عن القتل، وقد كانت العرب تقول: القتل أنفى للقتل. وقيل: المخاطب في الآية أولياء المقتول؛ فإن القاتل أنشأ بينه وبينهم عداوة بسبب القتل؛ فيكون حريصًا على قتلهم [أيضًا][6]، فإذا قتلوه حيوا[7]، قاله المتولي.

وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ إلى آخرها [المائدة: ٤٥].

وجه الدلالة منها - على قراءة النصب - أنها وإن كانت حكايةً عن شَرْع من قبلنا فهي شرع لنا؛ لأن شرع من قبلنا شرع لنا في أصح الطريقين - كما قاله الماوردي عند الكلام في قلع العين بالإصبع - إذا لم يَرِد في شرعنا ما ينسخه، ولم يرد[8]. وفي طريقة أخرى يكون شرعًا لنا إذا قام عليه الدليل، وقد قام عليه

---

(١) سقط في د، أ.
(٢) في أ: يتبع.
(٣) زاد في جـ: من.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) في جـ: بأن.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: جنوا.
(٨) في د: يزد.

الدليل؛ روى البخاري في «صحيحه» عن أنس: «أَنَّ [عَمَّتَهُ][1] الرُّبَيِّعَ - وَهِيَ ابْنَةُ النَّضْرِ - كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جَارِيَةٍ؛ فَطَلَبُوا الْأَرْشَ، وَطَلَبُوا الْعَفْوَ، فَأَبَوْا، فَأَتَوُا النَّبِيَّ ﷺ، فَأَمَرَ بِالْقِصَاصِ؛ فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ ثَنِيَّةُ [الرُّبَيِّعِ يَا][2] رَسُولَ اللَّهِ؟! لَا، وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسَرُ ثَنِيَّتُهَا قَالَ: «يَا أَنَسُ، [كِتَابُ اللَّهِ الْقِصَاصُ، فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَعَفَوْا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللَّهِ لَأَبَرَّهُ»[3].

وروى مسلم، عن أنس: «أَنَّ أُخْتَ الرَّبِيعِ أُمَّ حَارِثَةَ، جَرَحَتْ إِنْسَانًا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ[4] ﷺ، فَقَالَ ﷺ: «الْقِصَاصَ»! فَقَالَتْ أُمُّ الرَّبِيعِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَتَقْتَصُّ مِنْ فُلَانَةَ؟! [لا][5]، وَاللَّهِ لا تَقْتَصُّ [منها][6] [أبدًا][7]؛ [فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «سُبْحَانَ اللَّهِ يَا أُمَّ الرَّبِيعِ، [الْقِصَاصُ][8] كِتَابُ اللَّهِ»! قَالَتْ: لا وَاللَّهِ لا تَقْتَصُّ مِنْهَا أَبَدًا، قَالَ][9]: فَمَا زَالَتْ حَتَّى قَبِلُوا الدِّيَةَ؛ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللَّهِ لأَبَرَّهُ»[10].

وموضع الدليل منهما[11]: أنه أخبر بأن كتاب الله موجب للقصاص في السن والجراحة، وليس لهما في الكتاب ذكر، إلا في هذه الآية.

وأما على قراءة الكسائي بالرفع في «العين» وما بعدها فظاهر؛ لأن ذلك يكون خارجًا عن الخبر إلى الأمر.

ومن السنة - [مع][12] ما ذكرناه - ما روى أبو داود في حديث طويل عن طاوس، وأبي عبيد مؤدبه - وهو محمد - أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ قَتَلَ عَمْدًا فَهُوَ قَوَدٌ». زاد أبو [عبيد][13]: «قود يد» [14]، ثم اتفقا: «وَمَنْ حَالَ دُونَهُ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَغَضَبُهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ»[15].

---

(١) سقط في ج. (٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه البخاري (٨/ ٢٦) كتاب التفسير، باب: قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ (٤٥٠٠).

(٤) في ج: رسول الله. (٥) سقط في د، أ. (٦) سقط في ج.

(٧) سقط في د. (٨) سقط في د. (٩) سقط في ج

(١٠) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٠٢) كتاب القسامة، باب: إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها (٢٤/ ١٦٧٥)

(١١) في ج: منها. (١٢) سقط في أ

(١٣) سقط في ج، د. (١٤) في ج، د: يره.

(١٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٩١) كتاب الديات، باب: من قتل في عمياء بين قوم، برقم (٤٥٣٩)، =

وروي أبو داود - أيضًا - أن النبي ﷺ قال في خطبة حجة الوداع: «أَلا إِنَّكُمْ مَعْشَرَ خُزَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وأنا عَاقِلُهُ، فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَالَتِي هَذِهِ قَتِيلٌ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ[١]، أَوْ يَقْتُلُوا»[٢] وقال الترمذي: إنه حسن صحيح[٣].

والعقل: الدية، وأصله: أن القاتل كان إذا قتل قتيلاً جمع الدية من الإبل بعقلها بفناء أولياء المقتول؛ ليسلمها إليهم؛ فسميت الدية: عقلاً بالمصدر، يقال: عقل البعير يعقِله عَقْلاً، وكثر[٤] استعمال هذا الحرف حتى قالوا: عقلت المقتول: إذا أعطيت ديته دراهم أو دنانير.

قال: «لا يجب القصاص على صبي ولا معتوه»؛ لقوله - عليه السلام-: «رُفِعَ

= والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٤٥) كتاب النفقات، باب: شبه العمد، عن طاوس مرسلا.
وأخرجه أبو داود (٢/ ٥٩١) كتاب الديات، باب: من قتل في عمياء بين قوم، برقم (٤٥٤٠)، والنسائي (٨/ ٣٩،٤٠) كتاب القسامة باب من قتل بحجر وسوط، وابن ماجه (٢/ ٨٨٠) كتاب الديات، باب: من حال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية، برقم (٢٦٣٥) من طريق طاوس عن ابن عباس _رضي الله عنهما_ مرفوعًا.

(١) في د: العقيل

(٢) قوله: وروى أبو داود أيضًا أن النبي ﷺ قال في خطبة حجة الوداع: «ألا إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل، وأنا عاقله، فمن قتل له بعد اليوم قتيل فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل، أو يقتلوا»، وقال الترمذي: إنه حسن صحيح. انتهى.
وما ذكره من كون أبي داود والترمذي رويا أن ذلك كان في خطبته في حجة الوداع، ذكر مثله أيضًا في شرح الوسيط وهو غلط، بل الذي رواه المذكوران وغيرهما أنه كان في خطبته يوم فتح مكة. [أ و].

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٧٩) كتاب الديات، باب: ولي العمد يرضى بالدية، برقم (٤٥٠٤) بلفظ: «ألا إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقله فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين؛ بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا»، والترمذي (٤/ ٢١) كتاب الديات، باب: حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، برقم (١٤٠٦) بلفظ: «ثم إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا الرجل من هذيل وإني عاقله فمن قتل له قتيل بعد اليوم فأهله بين خيرتين؛ إما أن يقتلوا أو يأخذوا العقل»، من حديث أبي شريح الكعبي رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، قال: وروي عن أبي شريح الخزاعي عن النبي ﷺ «من قتل له قتيل فله أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية».
قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٤١١): ظاهر كلام الترمذي هذا يعطي أن أبا شريح هذا غير الأول، وليس كذلك، بل هو إياه وهو كعبي خزاعي؛ لأن كعبًا بطن من خزاعة، وأصل هذا الحديث في الصحيحين من حديث أبي هريرة (أن رسول الله ﷺ قال - لما فتح الله عليه مكة قال: «مَن قُتل له قتيل فهو بخير النظرين؛ إما أن يقتل وإما أن يفدى».اهـ.

(٤) في جـ: أكثر.

القلمُ عن ثلاث...» الخبر المشهور، ولأنهما غير مكلفين؛ فلم يجب عليهما القصاص كالبهيمة، ولأنه عقوبة؛ فلم تجب عليهما كالحدود.

قال: «ولا مُبَرْسم»؛ بالقياس على المعتوه.

قال: «ويجب على من زال عقله بمحرَّم»؛ لأن زوال عقله به لا أمارة عليه، ولا يعرف حد ذلك، [و][1] لأنه لو لم يجب لأدى إلى ترك القصاص؛ فإنه[2] لا يشاء يقتل إلا سكر حتى لا يقتص منه؛ وهذا ما جزم به القاضي أبو الطيب.

[قال][3]: قيل[4]: **فيه قولان**:

وجه الوجوب - وهو الصحيح-: ما ذكرناه.

ووجه المنع: أنه زائل العقل؛ فكان كالمعتوه، وقد تقدم الكلام في أفعاله وأقواله في كتاب الطلاق.

والزائل العقل بسبب يعذر فيه: كمن شرب دواء فسكر منه، ثم قتل، أو أكره على شرب الخمر فسكر، ثم قتل - كالمعتوه.

فروع:

لو قال القاتل: كنت يوم القتل صغيرًا، وكذبه ولي المقتول - فالمصدق باليمين القائل[5]؛ بشرط الإمكان[6]، ولو قال: أنا الآن صغير، فلا قصاص، ولا يحلف، قاله الرافعي.

وفي «الذخائر» نسبة ذلك إلى قول أبي الطيب، وأن أبا نصر وصاحب «الحاوي» حكيا عن المذهب: أن عليه اليمين، وأن الشاشي[7] قال: إن الأول أصح.

وقال أبو إسحاق: تؤخر اليمين إلى أن يبلغ إذا أوجبناها، قال: وفيه نظر.

ولو قال: كنت مجنونًا عند القتل، وكان عُهِدَ له جنون - فهو المصدق.

وحكى الروياني وجهًا: أن المصدق الوارث إن [كان][8] الجنون الذي عهد له متقطِّعا.

وفي «الحاوي» و«الشامل» و«الإبانة» وجه مطلق: [أنه][9] المصدق؛ لأن الأصل السلامة.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: بأنه.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في أ، جـ: وقيل.
(٥) في جـ: القاتل.
(٦) في د: الإنكار.
(٧) في د: الشافعي.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: أن الوارث.

وحكى القاضي أبو الطيب عن بعضهم القطع به، ثم قال: وليس بشيء، وقد تقدم [في باب: اللعان][١] مثل هذه الأوجه أقوالاً [فيما إذا][٢] ادعى القاذف أنه قذفه وهو مجنون، وكذب[٣] فيه.

قال: «ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر»؛ لما روى البخاري، عن عليّ - كرم الله وجهه - عن[٤] النبي ﷺ قال: «لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ»[٥].

وفي رواية أبي داود والنسائي: «أَلا لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ»[٦].

قال أبو إسحاق: والنبي ﷺ ذكر هذه الزيادة؛ لأجل أن قوله: «لا يقتل مسلم بكافر» إغراء بقتل الكافرين؛ فاستثنى بها حقن[٧] دماء أهل الذمة.

ثم لا فرق في الكافر بين أن يكون حربيًّا أو مستأمنًا أو معاهدًا أو ذميًّا، أو ممن تمسك بدين بعض الأنبياء ولم تبلغه دعوة محمد ﷺ؛ لعموم الخبر.

وفي «الوسيط» حكاية وجه: أن المسلم يقاد بمن لم تبلغه الدعوة إذا كان متمسكًا بدين بعض الأنبياء.

قال في «التتمة»: وهو اختيار القفال.

وفي «الحلية»: أنه روى عن الشافعي في «الإملاء»: أن المسلم يقتل بالمستأمن.

فرع: إذا قتل ولي الكافر المسلم بغير [حكم حاكم][٨]، قال الروياني عن والده: إن عليه القصاص، وإن كان خلاف العلماء فيه - بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي - لا يوجب الحد؛ لأن القصاص لا يستوفي إلا بإذن الحاكم وإن كان متفقًا على وجوبه، ومن يبيح[٩] الوطء في النكاح لا يعتبر[١٠] إذنًا فيه.

وفي «الحاوي»، في كتاب حد الخمر: أن الإمام والجلاد إذا كانا يعتقدان عدم

---

(١) سقط في جـ.
(٢) بياض في د.
(٣) في جـ: فكذب.
(٤) في جـ: أن.
(٥) أخرجه البخاري (١٢/ ٣٢٢) كتاب الديات، باب: لا يقتل المسلم بالكافر، برقم (٦٩١٥).
(٦) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٦٦- ٦٦٨) كتبا الديات، باب: أيقاد المسلم بالكافر (٤٥٣٠)، والنسائي (٨/ ١٩) كتاب القسامة، باب: القود بين الأحرار، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٤١) كتاب قسم الفيء، وقال: على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.
(٧) في د: حق.
(٨) في جـ: الحاكم.
(٩) في أ: يستبيح.
(١٠) في د: بغير.

الجواز فالضمان واجب، لكن اختلف أصحابنا في وجوب القصاص على وجهين:
أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة-: أنه واجب؛ للنص.
والثاني: لا قود؛ لشبهة الاختلاف، ولأنه[(١)] لو قتله بشهادة الزوايا، أو جلده في حد القذف بالتعريض، وهو لا يعتقد ذلك، فمات - فلا قود، والدية تجب.
قال: «ولا [على][(٢)] **الحر بقتل العبد**»؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]؛ فاقتضى هذا الظاهر ألا يقتل حر بعبد، ويعضده ما رواه[(٣)] أبو داود، عن قتادة، عن الحسن قال: «لا يُقَادُ الْحُرُّ بِالعَبْدِ»[(٤)]، [وما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ»][(٥)]، وما رواه إسرائيل، عن جابر، عن عامر، عن عليّ بن أبي طالب - كرم الله وجهه - قال: «من السنة: أَلَّا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ»[(٦)] يعني: سنة[(٧)] رسول الله ﷺ، ولأن الحر لا يقطع طرفه بطرف العبد قصاصًا، وحرمة النفس أعظم؛ فالقصاص فيها أولى[(٨)] بالمنع.

---

(١) في د: وأنه. (٢) سقط في ج. (٣) في أ: روى.
(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٨٤) كتاب الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه؟، برقم (٤٥١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٥) جماع أبواب تحريم القتل، باب: لا يقتل حر بعبد، من قول الحسن البصري - رحمه الله - موقوفا عليه.
(٥) سقط في أ، د.
والحديث أخرجه الدارقطني (٣/ ١٣٣)، في كتاب الحدود والديات وغيره، حديث (١٥٨)، والبيهقي (٨/ ٣٥) جماع أبواب تحريم القتل، باب: لا يقتل حر بعبد.
كلاهما من طريق عبد الصمد بن علي نا السري بن سهل نا عبد الله بن رشيد نا عثمان البري عن جويبر عن الضحاك عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: ... الحديث.
قال البيهقي: في هذا الإسناد ضعيف.
قال العظيم آبادي في «التعليق المغني» (٣/ ١٣٣): جويبر بن سعيد أبو القاسم الأزدي البلخي المفسر صاحب الضحاك قال ابن معين: ليس بشيء، وقال الجوزجاني: لا يشتغل به، وقال النسائي والدارقطني وغيرهما: متروك الحديث كذا في «الميزان». ا هـ من التعليق.
وقال ابن حجر في«التلخيص» (٤/ ١٦): »أخرجه الدارقطني والبيهقي، وفيه جويبر وغيره من المتروكين». اهـ
(٦) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٣٤) كتاب الحدود والديات وغيره، حديث (١٦٠)، والبيهقي (٨/ ٣) جماع أبواب تحريم القتل، باب: لا يقتل حر بعبد.
كلاهما من طريق إسرائيل عن جابر عن عامر قال: قال علي ... الحديث.
وجابر هذا هو ابن يزيد بن الحارث الجعفي ضعيف رافضي، كذا قال الحافظ في «التقريب» (٨٨٦).
(٧) في ج: لسنة. (٨) في أ: أبلغ.

وحكم المدبر، والمعلق عتقه بصفة، والمكاتب، وأم الولد، ومن بعضه حر وبعضه رقيق - حكم الكامل الرق.

نعم، لو قتل من بعضه حر وبعضه رقيق من هو مثله - وجب عليه القصاص عند العراقيين من أصحابنا، وبه جزم الماوردي. وعند الخراسانيين والقاضي أبي الطيب، كما حكاه ابن الصباغ عن قوله في «المجرد»(١): لا قصاص، واختاره القفال والمتأخرون؛ لأن كل جزء من القتيل يقابله جزء شائع من القاتل، من الحرية والرق؛ فيؤدي إلى استيفاء جزء من الحر(٢) بجزء من الرقيق، وهو مقتضى التوزيع المذكور في «مُدّ عَجْوَة»، ومما يدل على الشيوع: أن من نصفه حر ونصفه عبد لو قتل مثله، وآل(٣) الأمر إلى المال - كان الواجب على القاتل ربع دية المقتول وربع قيمته، [وتعلق بالنصف الرقيق منه ربع دية المقتول وربع قيمته](٤)، ولا نقول: مقدار القيمة [من الجزء الرقيق يتعلق بمقدار الرقيق من الجاني ومقدار الدية](٥) يتعلق بقدر(٦) الحر من الجاني.

قال: «فإن جرح الكافر كافرًا»، أي: غير حربي، «ثم أسلم الجارح ومات المجروح، أو جرح العبد عبدًا، ثم أعتق الجارح»، أي: ومات المجروح - «وجب عليه القود»؛ لأنه وجد التكافؤ حالة الجرح المفضي إلى الهلاك؛ فكان الاعتبار بها فإنها حالة الفعل الداخل تحت الاختيار؛ ولهذا نقول: لو جن الجارح، ثم مات المجروح - يجب [عليه](٧) القصاص، وقد جزم بهذا بعضهم كالشيخ، ورجحه آخرون، ووراءه قول حكاه القاضي الحسين في الصورتين، وادعى ابن يونس أنه غير معروف في الأولى، وأثبته الإمام والمتولي وجماعة وجهًا، وادعوا أنه الصحيح؛ لأن القصاص إنما يجب وقت زهوق الروح؛ بدليل ما لو جرح مسلم مسلمًا، ثم ارتد المجروح، ومات - فإنه لا يجب القصاص، [و](٨) إذا كان كذلك فالجارح في تلك الحالة مسلم [أو حر](٩).

ثم محل الخلاف في المسألة الثانية - عند المراوزة - إذا كان العبدان مسلمين، وسيد المجروح مسلمًا حالة موته، أما لو كان ذميًّا: فإن قلنا في المسلم

---

(١) زاد في جـ: و.
(٢) في جـ: الحرية.
(٣) في جـ، د: فآل.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ، د: بالقدر.
(٧) سقط في د، أ.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: أو جرى.

بعدم القصاص فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

وجه المنع: أن المستحق القصاص كافر، وقد طرده بعض الأصحاب فيما إذا قتل الذمي ذميًّا، ثم أسلم القاتل، ومستحق القصاص ذمي، كما حكاه مجلي عن «تعليق» إلكيا، وإن[1] كان شيخه أبو المعالي الجويني جزم باستحقاق القصاص في هذه الصورة.

وعلى وجه الجواز - وهو الصحيح - ليس للكافر استيفاء القصاص بنفسه، بل الحاكم يستوفيه له؛ وكذا عند إسلام القاتل الذميّ.

فرع: إذا قتل الذمي ذميًّا، ثم أسلم القاتل، وقلنا بوجوب القصاص، فمات المستحق للقصاص، ووارثه كافر - فهل ينتقل حق القصاص إليه؟ فيه وجهان عند المراوزة، وأصحهما: الانتقال [إليه][2].

تنبيه: القود: بفتح القاف والواو، مأخوذ من [قود][3] المستقيد الجانيَ بحبل وغيره؛ ليقتصّ منه، و«القود» و«القصاص»: بمعنًى.

الجرح - [بفتح الجيم - مصدر جرحه يجرحه جرحًا، والجرح - بضمها-: الاسم، وجمعه: جروح، و«الجراحة» بمعنى: الجرح[4]][5] وجمعها: جراح - [بالكسر - ورجل جريح وامرأة جريح،][6] ورجال ونسوة جرحى.

قال: «وإن قتل حر عبدًا، أو مسلم ذميًّا، ثم قامت البينة أنه كان قد أسلم، أو أعتق - ففي القود قولان»:

وجه الوجوب: وجود القتل [العمد][7] المحض العدوان [من][8] المكافئ حالة القتل، وهذا هو الأصح، قال الرافعي: وفي كلام بعضهم ما يشير إلى القطع به.

ووجه المنع: أنه[9] لم يقصد قتل من يكافئه، والقصاص يسقط بالشبهة الممكنة والظن، وهذا ما نص عليه في «المختصر».

[والأول مخرج من نص الشافعي في «المختصر»][10] و«الأم» على وجوب القصاص فيما إذا قتل من عهده مرتدًّا، وظن أنه لم يسلم، وكان قد أسلم؛ كما

---

(١) في أ: فإن.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: الجروح.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: إن.
(١٠) سقط في ج.

خرِّج[(١)] من نصه هنا إلى ثَمَّ قولٌ بعدم وجوب القصاص.

وقال الماوردي: إنه نص عليه في[(٢)] بعض كتبه، أعني: في المرتد[(٣)]، كما سنذكره في بابه، وقد أقر بعض الأصحاب النصين، وفرق بأن المرتد يحبس في دار الإسلام ولا يخلى، فقاتله[(٤)] في حالة تخليته مقصر[(٥)]، بخلاف العبد والذميّ. ثم على القول بسقوط القصاص: لو ادعى الجاني ذلك، وقال له الولي: بل عرفت الحال - فالقول قول الجاني.

فرعان:

إذا قتل من عهده[(٦)] حربيًّا، وظن أنه لم يسلم، وقد كان أسلم - فمن الأصحاب من جعله كالمرتد، ومنهم من قطع بأنه لا قصاص، وفرق بأن المرتد لا يخلي، والحربي قد يخلي بالمهادنة، وفرق بينه وبين الذميّ والعبد: بأن الظن هناك لا يقتضي الحد[(٧)] والإهدار، وهنا بخلافه، والقول بسقوط القصاص موافق لما جزم به البندنيجي فيما إذا أتانا جماعة من البغاة تائبين، فأمنهم السلطان، [فقتل رجل من أهل العدل رجلاً منهم، وادعى جهالته بأمان السلطان][(٨)] ورجوعهم عن رأيه[(٩)] - فالقول قوله مع يمينه، ولا قود عليه، وعليه الدية.

وقد حكى الإمام القولين في وجوب القصاص فيما إذا قتل الرجل إنسانًا على زِيِّ الكفار [رآه][(١٠)] في دار الإسلام، وقال: إذا لم نوجب[(١١)] القصاص فهل تجب الدية عليه، أم على العاقلة؟ فيه قولان، [فإن][(١٢)] ضربناها عليهم، فلا شك في تأجيلها، والرأي الظاهر: أنها مغلظة كدية شبه العمد، ومن أصحابنا من ألحقها بالخطأ المحض، قال ذلك في باب قتال أهل البغي.

[الثاني][(١٣)]: إذا[(١٤)] ظنه قاتل أبيه؛ فقتله[(١٥)]، وبان خلافه - ففي وجوب

---

(١) في أ: صرح.
(٢) في أ: وفي.
(٣) في أ: المرشد.
(٤) في أ: مقابله.
(٥) في د: مفض.
(٦) في جـ: عهد.
(٧) في أ: الحل.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: رأيهم.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في د: يوجب.
(١٢) سقط في أ، د.
(١٣) سقط في أ، د.
(١٤) في أ: وإذا.
(١٥) في د، جـ: قتله.

القصاص قولان، أظهرهما: الوجوب، ومحلهما - عند قوم - إذا تنازعا، أما إذا صدقه ولي الدم فلا قصاص بلا خلاف وعند آخرين طردهما في الحالين؛ لأنه ظن من غير مستند شرعي.

قال: «**وإن جنى حر على رجل لا يعرف رقُّه وحريته**[١] ، **فقال الجاني: هو عبد، وقال المجني عليه**: [بل أنا][٢] **حر - فالقول قول المجني عليه**»؛ لأن الأصل في الآدمي الحرية، «**وقيل: فيه قولان**»:

وجه قبول قول المجني [عليه][٣] : ما ذكرناه.

ووجه قبول قول الجاني: أن الأصل براءة ذمته، وهذه المسألة قد تقدم الكلام فيها في اللقيط؛ فليطلب منه.

قال: «**ولا يجب القصاص على الأب والجد**»، أي: [من الجهتين][٤] ، «**ولا على الأم والجدة**»، أي: من الجهتين «**بقتل الولد، وولد الولد**»، ووجهه في [الأب][٥] : ما روى الترمذي، عن سراقة بن مالك قال: «حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُقِيدُ الأَبَ مِنَ ابْنِهِ، وَلا يُقِيدُ [٦] الابْنَ مِنْ أَبِيهِ»[٧].

وروى - أيضًا - عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «لا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَلا يُقْتَلُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ»[٨]، وأخرجه الدارقطني.

---

(١) في جـ: ولا حريته. (٢) في أ: أنا. (٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د. (٥) سقط في جـ. (٦) في جـ: يقو.

(٧) أخرجه الترمذي (٤/ ١٨) كتاب الديات، باب: الرجل يقتل ابنه، برقم (١٣٩٩)، والدارقطني (٣/ ١٤٢) كتاب الحدود والديات، برقم (١٨٣) من طريق إسماعيل بن عياش عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن سراقة بن مالك بن جشعم قال: «حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه».
قال الترمذي: حديث فيه اضطراب وليس إسناده بصحيح، والمثنى بن الصباح يضعف في الحديث.
وقال الدارقطني: والمثنى وابن عياش ضعيفان.
وقال الترمذي في العلل الكبير، ص (٢٢٠): سألت محمدًا - البخاري - عن هذا الحديث، فقال: هو حديث إسماعيل بن عياش، وحديثه عن أهل العراق وأهل الحجاز كأنه شبه لا شيء، ولا يعرف له أصل. ا هـ.

(٨) أخرجه الترمذي (٤/ ١٩) كتاب الديات، باب: الرجل يقتل ابنه هل يقاد منه أم لا؟ برقم (١٤٠١)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨) كتاب الديات، باب: لا يقتل الوالد بولده، برقم (٢٦٦١)، والدارمي (٢/ ١٩٠) كتاب الديات، باب: القود بين الوالد والولد، والدارقطني (٣/ ١٤٢) كتاب الحدود والديات، برقم (١٨٥)، والبيهقي (٨/ ٣٩) جماع أبواب تحريم القتل، باب: الرجل يقتل =

وروي عن عمرو بن العاص: «أن رجلاً من بني مدلج أولد جارية له ابنًا، وكان يستخدمها، فلما شب الغلام قال: إلى [متى][(١)] تستأمي أمي - أي: تستخدمها خدمة الإماء - فغضب؛ فحذفه بسيفٍ فأصاب رجله؛ فقطعها ومات؛ فانطلق في رهط إلى عمر فقال: يا عدو نفسه، أنت الذي قتلت ابنك؟! لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا يُقَادُ الأَبُ مِنَ ابْنِهِ لَقَتَلْتُكَ»[(٢)]، ولأن الوالد سبب [في][(٣)] وجوده؛ فلا يحسن أن يصير الولد سببًا في إعدامه.

ووجهه - فيمن عدا الأب - القياس على الأب؛ لأنهم في معناه [في][(٤)] العتق [عليه، ووجوب][(٥)] النفقة، ورد الشهادة؛ فكذلك هنا[(٦)].

= ابنه، والسهمي في «تاريخ جرجان»، ص (٤٢٩، ٤٣٠)، وأبو نعيم في «الحلية» (٤/ ١٨)، كلهم من طريق إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد».

وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث إسماعيل بن مسلم، وإسماعيل تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه ا.هـ.

وقال أبو نعيم: غريب من حديث طاوس تفرد به إسماعيل عن عمرو ا.هـ.

قلت: لكنه لم يتفرد برفع هذا الحديث فقد توبع على رفعه.

تابعه سعيد بن بشير.

أخرجه الحاكم (٤/ ٣٦٩)، من طريق أبي الجماهير محمد بن عثمان ثنا سعيد بن بشير ثنا عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ: لا يقاد ولد من والده ولا تقام الحدود في المساجد.

وتابعه عبد الله بن الحسن.

أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٢)، كتاب الحدود والديات، حديث (١٨٤)، والبيهقي (٨/ ٣٩) جماع أبواب تحريم القتل، باب: الرجل يقتل ابنه، من طريق عقبة بن مكرم ثنا أبو حفص التمار ثنا عبيد الله بن الحسن العنبري عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به.

وتابعه قتادة أيضاً.

أخرجه البزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٠)، عن قتادة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به.

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ص (١٩٩) برقم (٧٨٨)، والدارقطني (٣/ ١٤٠، ١٤١) كتاب الحدود والديات وغيره، برقم (١٧٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٨) جماع أبواب تحريم القتل، باب: العبد يقتل الحر، قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٣٧٦): وقال البيهقي في المعرفة: إسناده صحيح، ونقل هذه القولة عن البيهقي أيضًا صاحب «الإلمام» وأقره عليها.اهـ.
وقال الحافظ في (التلخيص) (٤/ ١٦): (وصحح البيهقي سنده؛ لأن رواته ثقات).

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: عليهم ووجود.

(٦) في جـ: هاهنا.

وعن رواية صاحب «التلخيص» وأبي الطيب بن سلمة قول بوجوب القصاص على الأجداد والجدات. قال الإمام: وهو غريب، رده الأصحاب، ولم يقبلوه منصوصًا ولا مخرجًا، ولعله أخذ من قول الشافعي في الرجوع في الهبة أنه يختص بالأبوين، وليس هذا على وجهه؛ فإن اللائق بالهبة: منع الرجوع، والاقتصار على مورد الخبر، واللائق بالقصاص - إذا تمهد ما يدرأ العقوبة - أن لا تخصيص.

وحكى الإمام عن بعض أئمة المذهب: أن القصاص يجب على الأب ويسقط[١]؛ لزعمهم أن سبب الوجوب التساوي، مع كون القتل موجبًا للقصاص، ولكن يتعذر[٢] استيفاؤه، وهذا من حشو الكلام؛ فإن المانع من الاستيفاء مانع من الوجوب، ولا فرق - فيما ذكرناه - بين أن يتساوى الولد والوالد في الحرية والرق والإسلام والكفر، أو يختلفا.

فرعان:

أحدهما: لو حكم حاكم بقتل الوالد بالولد نقض حكمه.

الثاني: لو تنازع رجلان في نسب لقيط، فادعى كل منهما أنه ابنه - فإنه[٣] يرى القائف، فإذا اشتبه عليه، ثم قتله أحدهما قبل بلوغه - لم يقتل به؛ لأن الشبهة قائمة. [نعم][٤]، لو قال بعد ذلك: ليس هذا ابني، وبقي الآخر على دعواه البنوة - قتل به جزمًا عند العراقيين والماوردي والبغوي، وبناه الفوراني على أن نسبه يلتحق بالآخر بمجرد إنكار المنازع، كما هو قول الشافعي، [أما إذا][٥] قلنا: لا يلتحق بالآخر بمجرد الإنكار، فلا يجب القصاص؛ كما لو وطئ رجلان امرأة، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، وأشكل على القائف أمره، فقتله أحدهما قبل بلوغه، وادعى أنه ليس بابن له؛ فإنه لا يجب [عليه][٦] القصاص؛ لأن إنكاره لا يلحق نسبه بالآخر، على أن صاحب «التهذيب» حكى وجهًا في هذه الحالة بوجوب القصاص؛ كما في اللقيط.

---

(١) في جـ: لكن يسقط، وفي د: فيسقط.
(٢) في جـ: يبعد.
(٣) في أ: وإنه.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: أو لا فإن.
(٦) سقط في جـ.

ولو رجع المقران بنسب اللقيط عن دعواهما، ثم قتلاه، أو أحدهما - لم يجب قصاص.

قال الماوردي: لأنه قد صار بدعواهما مستحقًّا لأبوة أحدهما، فإذا رجعا عنها(١) صارا متفقين على إسقاط أبوته(٢)؛ فلم يقبل منهما، وإذا لم يقبل [منهما](٣) رجوعهما بقيت الشبهة.

ولو اشترك المدعيان النسب المجهول في القتل، وكان قد ألحقه القائف بأحدهما - قُتِل شريكه على الأصح.

وعن القاضي ابن كج رواية وجه: أنه لا يقتص منه؛ لأن إلحاق القائف مبني على الأمارات والأشباه؛ فهو ضعيف، فلا(٤) يناط به القصاص؛ إذ هو يسقط بالشبهات؛ بخلاف اللحوق بالفراش.

قال: «وإن وجب القصاص على رجل، فورث القصاص ولده - لم يستوف»؛ لأنه إذا لم يستوف منه بجنايته(٥) على الولد، كان أولى ألا يستوفيه الولد.

ثم صورة المسألة: أن يقتل [ولد](٦) عتيق ولده؛ [كما صوره](٧) الفوراني، أو عتيق زوجته، وله منها ولد، ثم يموت العتيق، أو الزوجة بعد بينونتها منه وقبل استيفاء القصاص، وكما لا يجب عليه إذا ورثه ولده كذلك لا يجب عليه إذا ورث بعضه، ومن طريق الأولى إذا ورثه القاتل، وصورته: أن يقتل ابن زوجته، ثم يموت؛ فينتقل [إليه منه](٨) النصف أو الربع، أو أقل من ذلك، ويسقط القصاص؛ لعدم إمكان تحريه.

تنبيه: كلام الشيخ مصرح بأن الابن يرث القصاص الواجب على أبيه(٩)، لكنه يسقط، والقياس يقتضي عدم إرثه؛ لأن المسقط له - وهو البنوة - قارن سبب الملك، و(١٠) الشيء(١١) إذا قطع الدوام منع الابتداء، لكن [لو](١٢) صير

---

(١) في جـ: عنهما.
(٢) في جـ: أبويه.
(٣) سقط في أ، جـ.
(٤) في جـ: لا.
(٥) في أ: لجنايته.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: كذا صورة.
(٨) في جـ: إليه منها.
(٩) في د: الأب.
(١٠) في جـ: أو.
(١١) في د: التبني.
(١٢) سقط في أ.

إلى هذا لاقتضى[1] إيجاب القصاص على الأب؛ فإن الابن إذا لم يرثه على أبيه خرج عن أن يكون وارثًا له، وإذا لم يرثه ورثه غيره؛ فيستوفيه، والمصير إلى هذا، مع أن الابن بصفة الوارثة[2] [3] مستنكر، وقد اغتفر مثل ذلك في جريان ملك الرجل ابنه[4]، ما لم يتصور العتق إلا في ملك، وقدر الملك؛ ليترتب عليه العتق.

وحكى الإمام عن شيخه - بعد تقرير هذه المباحثة - أنه كان يميل إلى أن من قتل من وارثه الابن لم يجب القصاص؛ لامتناع الوراثة، مع استجماع الابن شرائط الوراثة.

قال: «وإن قتل المرتد ذميًّا - ففيه قولان»، أي: منصوصان، كما قاله المحاملي.

وجه وجوب[5] القصاص، وهو الصحيح، والذي قال الشافعي فيه: إنه أولى القولين - أنهما كافران؛ فجرى القصاص بينهما كالوثنيين، ولأن المرتد أسوأ حالاً من الذميّ؛ لأنه مهدر الدم، ولا تحل ذبيحته، ولا يقر بالجزية[6]؛ فأولى أن يقتل بالذميّ الثابت له ذلك، ولا فرق - على هذا - بين أن يعود إلى الإسلام أو لا، ويجيء مما تقدم فيما إذا عاد إلى الإسلام وجه: أنه يسقط.

ووجه عدم الوجوب: بقاء حرمة[7] الإسلام في المرتد؛ [بدليل][8] وجوب قضاء الصلوات والصوم عليه، وأخذ الزكاة من ماله، وتحريم استرقاقه، وتحريم

---

(١) في أ: لاقتضاء.

(٢) قوله: نقلا عن الشيخ: وإن وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده لم يستوف، وصورة ذلك أن يقتل ولد عتيق والده أو عتيق زوجته وله منها ولد، ثم يموت العتيق أو الزوجة بعد بينونتها منه وقبل استيفاء القصاص.
ثم قال: وكلام الشيخ مصرح بأن الابن يرث القصاص الواجب على أبيه لكنه يسقط، والقياس يقتضي عدم إرثه؛ لأن المسقط قائم، لكن لو صير إلى هذا لاقتضى إيجاب القصاص على الأب؛ لأن المانع ينقل الإرث إلى الأبعد، والمصير إليه مستبعد؛ لكون الابن بصفة الوارثة. انتهى كلامه.
وما قرره هنا من كون السقوط بعد الإرث قد خالفه قبيل صدقة المواشي، فجزم بأنه لا يجب بالكلية على وفق البحث الذي أجاب عنه، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه، واعلم أن المصنف قد نقل هاهنا عقب هذا الكلام عن الإمام شيئًا، وليس مخالفًا للمذكور هنا، فتفطنْ له. [أ و].

(٣) في جـ: الوراثة.

(٤) في أ: أبيه.

(٥) في جـ: الوجوب.

(٦) في جـ، د: الجزية.

(٧) في جـ: حرمته.

(٨) سقط في أ.

نكاح الذمي المرتدة، فعلى هذا تجب الدية: فإن رجع إلى الإسلام تعلقت [بذمته، وإن مات أو قتل على الردة تعلقت][1] بماله، وقد بنى الإمام الخلاف في المسألة على الخلاف الآتي في المسألة الثانية؛ فقال: إن قلنا: إن الذميّ لا يقتل بالمرتد، فالمرتد مقتول بالذميّ، وإن قلنا: الذميّ مقتول بالمرتد، فهل يقتل المرتد بالذميّ؟ فعلى قولين. وهذا فيه نظر؛ لأن الخلاف الآتي - كما حكاه الماوردي والقاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهم - محكي عن الأصحاب وجهين، ولا يمكن بناء قولين على وجهين. نعم لو عكس البناء - كما سنذكره عن القاضي الحسين - لكان أنسب.

وطريق الجواب عن هذا: أن الإمام حكى أن[2] العراقيين حكوا الخلاف الآتي قولين، وحينئذ إن صح هذا فلا اعتراض.

قال: «وإن قتل ذميّ مرتدًّا فقد قيل: يجب القود»؛ لأن الذميّ يقتله عنادًا[3]، لا تدينًا؛ فأشبه ما لو قتل مسلمًا، وهذا ما اختاره ابن أبي هريرة، وعلى هذا فيستوفي القصاص الإمام أو من ينوب عنه؛ كما قاله الشيخ أبو عليّ، وحكى قولاً بعيدًا أن حق الاستيفاء يثبت لورثته أن لو مات مسلمًا.

[قال الإمام: وهذا يمكن تخريجه من مسألة ستأتي وهي أن المسلم إذا قطع يد مسلم][4]، ثم ارتد المجروح، ومات مرتدًّا - فإن الشافعي قال: لأوليائه القصاص في الطرف، ولو عفا مستحق القصاص وجبت الدية، وفي قدرها وجهان:

أحدهما: دية مسلم؛ لبقاء علقة[5] الإسلام عليه.

والثاني - وبه جزم في «التهذيب»، والبندنيجي-: أخس الديات، وهي دية المجوسي؛ لأنه لا دين له.

قال: «وقيل: لا يجب»؛ لأن المرتد مهدر الدم كالحربي، وإيجاب القصاص على القاتل المعصوم بقتل المهدر بعيد، وكما لا يجب القصاص على هذا لا تجب الدية، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وهو الذي صححه المحاملي

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: عن.
(٣) في أ: غمارا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: علة.

والقاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهم، وقد بنى القاضي الحسين هذا الخلاف على العلتين؛ لإيجاب القصاص في المسألة السابقة؛ فقال: إن قلنا: العلة ثم استواؤهما في الكفر، وجب القصاص هنا، وإن قلنا: العلة ثم كون القاتل مهدر الدم والمقتول معصوم الدم، فلا يجب هاهنا.

وقيل: إن قتله عمدًا وجب القصاص، وإن قتله خطأ فلا دية، وهذا ما نسبه الإمام وأبو الطيب والشيخ في «المهذب» والبغوي إلى تخريج[1] الإصطخري، والبندنيجي والماوردي إلى أبي الطيب بن سلمة، وقال: إنه لو عفا عن القود لا تجب له الدية، ثم قال: ولو عكس ما قاله ابن سلمة لكان أشبه، [و][2] لأن وجوب القود أغلظ من وجوب الدية؛ لأن عمد الخطأ يوجبها ولا يوجبه؛ فلو قال: إن الدية واجبة لبيت[3] المال، دون القود - لكان أشبه بالأصول.

فروع:

[لو قتل المرتد مرتدًّا][4]، فظاهر المذهب: أنه مقتول به؛ لاستوائهما في كل معنى، وأبعد بعض أصحابنا[5]؛ فقال: لا قصاص عليه؛ لأن المقتول هدر. قال الإمام: وهذا له اتجاه، وإن كان بعيدًا.

إذا قتل الذميّ مسلمًا زانيًا محصنًا وجب عليه القصاص جزمًا، وكذا لو قتله مرتد، صرح به في «التتمة».

وقال القاضي الحسين: فيه جوابان [جاريان][6] فيما لو قتل تارك الصلاة مثله.

واعلم أن ممن لا يجب عليه القصاص: الحربي، ولم يذكره الشيخ، بل كلامه يقتضي وجوبه عليه؛ لأنه لما حضر من لا يجب عليه القصاص تبين به من يجب عليه، وهو من[7] عداه، على أن أبا الحسن[8] العبادي حكى أن الأستاذ أبا إسحاق الأسفراييني ذهب إلى أنه يجب على الحربي ضمان النفس والمال؛ تخريجًا على أن الكفار مخاطبون بالشرائع، قال: ويعزى هذا إلى المزني في «المنثور»، [وقد حكاه عن رواية المزني في «المنثور»][9] - أيضًا - في المال،

---

(١) في أ: ترجيح.
(٢) في أ: لأن.
(٣) في أ، د: لثبت.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: الأصحاب.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: ما.
(٨) في جـ: الحسين.
(٩) سقط في أ.

القاضي الحسين في كتاب السير، وخصه[(١)] بما إذا عقدنا له الذمة، فلعل الشيخ اختاره - والله أعلم.

قال: «**ولو قطع مسلم يد مسلم، ثم ارتد المجني عليه، ورجع إلى الإسلام**[(٢)] ، **ومات**»؛ أي: من القطع، «**ولم يمض عليه [في]**[(٣)] **الردة زمان يسري فيه الجرح**، [**ففيه قولان، أصحهما: أنه يجب القود**»؛ لأن زمان الردة لم يسر فيه الجرح][(٤)]؛ فكان وجوده كعدمه، وعلى هذا من يستوفيه؟ سنذكره.

ووجه المنع: أنه أتت عليه حالة لو مات فيها لم يجب القصاص؛ فسقط، ولم يعد وجوبه بعد ذلك؛ كما لو ارتدت المبتوتة في المرض، ثم أسلمت قبل موت زوجها - لم ترثه؛ لأنها لو ماتت في ردتها لم ترثه، وهذا ما رجحه الشيخ أبو حامد والإمام وغيرهما؛ كما حكاه الرافعي، وقد وافق[(٥)] الشيخ على تصحيح الأول: المحاملي، والقاضي أبو الطيب، وصاحب «المرشد».

ثم هذان القولان كالقولين اللذين ذكرهما الشافعي في «الأم» - كما حكاه الأكثرون - فيما إذا قطع ذميّ يد مستأمن؛ فلحق المجني عليه بدار الحرب، ثم عاد إلى الإسلام[(٦)] ، ثم مات من قطع اليد - في أن[(٧)] القصاص هل يجب عليه، أم لا؟ أما إذا مضى عليه في الردة زمان يسري فيه الجرح فلا قصاص عند الجمهور؛ لأنه اجتمع موجب ومسقط، فغلب حكم المسقط؛ كما لو جرحه جرحين: أحدهما عمد، والآخر خطأ.

وعن ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل طرد القولين السابقين في هذه الحالة - أيضًا - وهو قضية كلام الإمام والقاضي ابن كج؛ فإنهما حكيا أن الشافعي نص في مسألة الكتاب على أن لا قصاص، وأن الصيدلاني وغيره حكوا نصه في مسألة الذميّ والمستأمن على وجوب [القصاص][(٨)] ، وأن من الأصحاب من جعل - لأجل ذلك - في المسألتين طريقين:

أحدهما: حكاية قولين في المسألتين.

---

(١) في أ: وجهه.
(٢) في أ: السلام.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: حكاه.
(٦) زاد في جـ: ثم عاد.
(٧) في د: فإن.
(٨) سقط في د.

قال الإمام: وأقيسهما تقرير النصين، وحملهما على حالين:

فحيث قال: لا يجب، فذاك[١] إذا طالت مدة الإهدار؛ بحيث يظهر أثر السراية، ويجعل له وقع واعتبار.

وحيث قال: يجب، فذاك إذا قصرت المدة؛ بحيث لا يجعل للسراية فيها اعتبار ووقع، وقد حكى الصيدلاني أن القفال قال: القولان مبنيان على ما إذا أذهب[٢] الروح بجناية مضمونة واقعة عمدًا، وجناية عمد غير مضمونة، كما إذا قتله حربي ومسلم، أو مسلم وسبع.

ووجه التقريب: أن السراية في حال الهدر لها حكم العمد، ولكن لا ضمان فيها والجراحة والسراية في الطرفين لهما[٣] حكم العمد والضمان.

قال الإمام: وهذه هفوة عظيمة؛ فإنا إذا قدرنا[٤] السراية في حال الهدر بمنزلة العمد الذي لا ضمان فيه، فهي مضافة إلى الجاني العامد الضامن. ولو صدرت من واحد جناية عمدًا مضمونة، وجناية عمدًا[٥] غير مضمونة، ومات منهما - لم يجب عليه القصاص اتفاقًا، فقياس هذا البناء: ألا يجب [القصاص][٦] جزمًا، وهذا حكم القصاص، [أما حكم][٧] الدية - فتجب في الصورتين إذا آل الأمر إلى المال، وإذا وجبت وجبت الكفارة [أيضًا][٨] وهذا القول لم يحكه الفوراني.

وقيل في الصورة الثانية قول آخر، [وادعى الإمام أنه ظاهر النص][٩] : إن الواجب نصف الدية، وصححه في «التهذيب»، وعلى هذا تجب الكفارة أيضًا، والذي صححه المحاملي الأول.

وقيل: يجب ثلثا[١٠] الدية، وهذا ما نسبه الإمام وغيره إلى تخريج ابن سريج.

وحكى الماوردي قولاً: أنه يجب أرش الجراح، ويسقط ضمان السراية؛ لأن سراية الإسلام حادثة عن سراية الردة؛ فصارت تبعًا لها في سقوط الضمان.

قال: وعلى هذا لا كفارة عليه؛ لأنه - على هذا القول - جارح، وليس بقاتل.

وعن الطبري أنه [يجب][١١] أقل الأمرين من أرش الجناية، وجميع الدية، وقد

---

(١) في جـ: فكذلك.
(٢) في أ: ذهب.
(٣) في د، جـ: لها.
(٤) في د: فقدنا.
(٥) في جـ: عمره.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: أما، وفي د: لنا.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في د: له.
(١١) سقط في د.

حكاه الفوراني أيضًا، والأقل(١) في صورة الكتاب نصف الدية، وقد يكون الأقل كل الدية؛ كما إذا قطع يديه ورجليه، وعلى هذا يظهر إن كان الأقل أرش الجناية فلا كفارة، وإن كان دية النفس وجبت، وقد حكى الإمام طريقة طاردة للأوجه الثلاثة الأول في الصورة الأولى أيضًا، والأكثرون على الطريقة الأولى، ثم كلام الإمام والبغوي والفوراني مصرح بأن الخلاف المذكور إنما يجري إذا قلنا بعدم وجوب القصاص، [أما إذا أوجبنا القصاص](٢)(٣) فعفا وجب كمال الدية، ولفظ الإمام: ولا شك فيه.

وفي «الرافعي»: أن الإمام قال: إذا أوجبنا القصاص، فآل الأمر إلى المال - ففيه الوجوه، والذي وقفت عليه في «النهاية» ما ذكرته أولاً.

قال الإمام: ثم إذا قلنا بوجوب الدية، و(٤) كانت الجناية(٥) خطأ - فهل تضرب على العاقلة؟

ذكر العراقيون [فيه](٦) وجهين:

أحدهما: لا يضرب عليها(٧) إلا نصف الدية؛ فإنه قد جرى [ارتداد في الأثناء. وهذا زلل غير معتد به؛ فإن الردة لو اعتبرناها لما أوجبنا الدية](٨) بكمالها.

والثاني: أنا نضرب الدية بكمالها على العاقلة.

فرع(٩): لو رمى إلى مسلم، فارتد وعاد إلى الإسلام، ثم أصابه السهم - فالمشهور: أنه لا قصاص.

قال الإمام: ويجيء فيه قول آخر: أنه يجب؛ لأنا(١٠) ذكرنا فيما إذا تخلل المهدر بين الجرح والموت قولًا: أنه يجب القصاص، مع أن الجراحة تؤثر [وتؤلم](١١) حالة الإهدار؛ فصورة الرمي أولى بإثبات الخلاف.

وأيضًا: فإن الشيخ أبا عليّ حكى قولاً، فيما إذا رمى سهمًا إلى صيد، وارتد

(١) في جـ، د: الأول.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في جـ: وجب.
(٤) زاد في د: إن.
(٥) في جـ: الدية.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في د: عليه.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: فروع.
(١٠) في د: أنا.
(١١) في جـ: تهدر في.

وعاد إلى الإسلام، ثم أصاب السهم إنسانًا - أن الدية تضرب على عاقلته للمسلمين، ويكتفي بإسلامه في الطرفين[١]، والحكم عند الأصحاب في تحمل العقل والقصاص [واحد][٢].

قال: «وإن مات من الجرح في الردة وجب القصاص في الطرف في أصح القولين»؛ [لأن][٣] القصاص في الطرف يجب حالة قطعه وجوبًا مستقرًّا، فلا يؤثر فيه ما يطرأ[٤] عليه؛ ألا ترى أنه إذا قطع يده، ثم قتله من لا يقاد به؛ فإنه لا يسقط القصاص في الطرف، وإن سقط في النفس؟! وهذا هو المنصوص في «المختصر» و«الأم» [كما حكاه الماوردي، وبه جزم الفوراني.

ووجه مقابله][٥] - وهو [المحكي عن نص له في «الأم»][٦] -: أن الطرف تبع للنفس إذا صارت الجناية قتلاً، فإذا لم يجب قصاص النفس لم يجب قصاص الطرف؛ ولذلك لو قطع طرف إنسان؛ فمات منه، فعفا وليه عن قصاص النفس - لم يكن له أن يقتص في الطرف، وقصاص النفس في مسألتنا ساقط اتفاقًا؛ فكذلك قصاص الطرف، وهذا ما يحكى عن اختيار ابن سريج، ومنهم من لم يجعل هذا القول منصوصًا، وإنما جعله مخرجًا من نصه فيما إذا قطع ذميّ يد مستأمن، ثم لحق المستأمن بدار الحرب؛ فإنه [قال][٧] : لا قصاص عليه في المقطوع، وعلى ذلك جرى المحاملي والقاضي أبو الطيب والمتولي، ثم قال: وأصل هذا الاختلاف قاعدة سنذكرها، وهي أن الرجل إذا قطع يد رجل؛ فمات- يجوز لولي المقتول عندنا أن يقطع يده، فإن مات، [وإلا حز][٨] رقبته، وهل يكون قطع اليد مقصودًا في الاستيفاء، أو يكون القطع طريقًا في الاستيفاء؟ وفيه اختلاف بين أصحابنا: فعلى الأول لا يسقط القصاص في الطرف، وعلى الثاني يسقط، ثم على الصحيح من يستوفي القصاص؟ قال الشافعي في المختصر: يستوفيه وليه المسلم.

واختلف الأصحاب فيه:

---

(١) في أ، د: الطريقة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يؤثر.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، ج.
(٨) في أ: والآخر.

فمنهم من قال: هو الإمام؛ لأن القريب لا يرثه؛ فلا يستوفي قصاصه. قال الفوراني: وعلى هذا يجيء قول: إنه ليس له [أن][1] يقتص منه؛ بناء على [أن][2] اللقيط إذا قُتِلَ، هل للسلطان أن يقتص من قاتله، أم لا؟ وفيه قولان.

ومنهم من قال: هو القريب الذي يرثه لو مات مسلمًا؛ لأن القصاص يراد للتشفي ودرك الغيظ، وذلك يتعلق بالقريب دون الإمام.

واستدل القائل به بقول الشافعي: «المسلم»، ولو كان المراد الإمام لم يكن لقوله: «المسلم» معنى، وقد نقل أنه قال في «الأم»: «يقتص منه أولياؤه»: بلفظ الجمع، و«الإمام» واحد.

قال الرافعي: وربما حكى ورثته صريحًا، وهذا أظهر في المذهب[3]، وبه قال عامة أصحابنا؛ كما حكاه في «المهذب» في باب استيفاء القصاص، وبه قطع في [«التهذيب»][4]، واختاره في «المرشد»، لكن الإمام استبعده من جهة المعنى، وقال القاضي أبو الطيب: إنه ليس بشيء.

وادعى القاضي ابن كج أن الأكثرين على أن يستوفيه الإمام، وأن أبا سعيد وحده ذهب إلى أنه يستوفيه القريب، وكذلك الماوردي ادعى أن المزني قال به وابن أبي هريرة وأكثر أصحابنا.

فرع: إذا قلنا: لا يجب القصاص، أو يجب[5]، فعفا عنه على مال - فهل يجب ويكون فيئًا، أم لا؟ فيه وجهان أو قولان حكاهما العراقيون كالمحاملي والشيخ وغيرهما:

أحدهما: لا، وبه قال أبو الطيب بن سلمة.

وأصحهما: نعم؛ فعلى هذا - فيما يجب - وجهان:

أصحهما في «المجموع» وغيره، ويحكى عن النص أنه يجب أقل الأمرين من الأرش الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس.

والثاني - وبه قال الإصطخري-: أن الواجب أرش الجراحة بالغة ما بلغت، وفي مسألتنا: لا يظهر لهذا الاختلاف أثر. نعم، يظهر فيما لو قطع يديه ورجليه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في أ: المهذب.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: يجير.

فرع: لو قطع يده، ثم ارتد المقطوع، واندمل الجرح - فله قصاص اليد، فإن مات أو قتل قبل أن يقتص - اقتص وليه، ومن هو؟ فيه الخلاف السابق.

قال: «ومن قتل من لا يقاد به في المحاربة»؛ أي: كالمسلم إذا قتل الذميّ، والحر [و][1] العبد، والأب[2] ولده - «ففيه قولان:

أحدهما: يجب عليه القود»؛ لأن القتل[3] تأكد بالمحاربة؛ ولهذا لا يجري فيه عفو الولي فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنى، وهذا هو الأصح في «الجيلي».

والثاني: «لا يجب»، وهو الصحيح عند الجمهور؛ لعموم الأخبار، ولأن من لا يُقْتل بقتل [من][4] قتله في [غير المحاربة، لا يقتل به إذا قتله في][5] المحاربة؛ كالمخطئ.

قال مجلي: وقد استخرج الخراسانيون من هذين القولين [قولين][6] للشافعي [في][7] أن القتل في المحاربة يقع لحق الله - تعالى - أو لحق الآدمي، [وكأنه - والله أعلم - يشير إلى ما ذكره الرافعي، وصححه، وهو في «التهذيب»: أن القتل في المحاربة فيه معنى القصاص؛ لأنه قتل في مقابله قتل، وفيه معنى الحدود؛ لأنه لا يصح العفو عنه، ويتعلق استيفاؤه بالسلطان، لا بالولي، فما المغلب من المعنيين؟ فيه قولان][8].

وفي «الوسيط» و«النهاية»: أن القتل[9] في المحاربة إذا تمحضت فيه العمدية، يتعلق به حق الله - تعالى - قطعًا، ولكن هل يثبت للقتيل حق مع[10] الله تعالى، أم لا؟ للشافعي فيه قولان، فإن قلنا: إنه حق لله - تعالى - قتل بقتل من لا يكافئه، وإلا فلا يجب.

ثم قال الغزالي: ولعل الأصح الجمع بين الحقين ما أمكن، وهو الذي جزم الإمام بترجيحه، ولم يحك[11] العراقيون غيره، كما حكاه مجلي عنهم، وهو قضية قول ابن الصباغ: إنه [إذا وقع وقع][12] قصاصًا؛ كما صرح به قبيل كتاب الأشربة في موضعين؛ ولأجل ذلك كانت عبارة الشيخ: أنه هل يجب عليه القود

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في س: الوالد.
(٣) في د: القتيل.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في د: القتيل.
(١٠) في جـ: مع حق.
(١١) في د: يجد.
(١٢) في د: إذا وقع لوقع.

إذا قتل من [لا][(١)] يقاد به في المحاربة، أم لا؟ ولو [كان][(٢)] قتله بمحض حق الله - تعالى - لما حسن إطلاق القول بوجوب القود على من قتل من لا يكافئه؛ لأن القتل حينئذ يكون حدًّا لا قودًا، [وقد وجه هذا بأن القتل لو وقع في غير المحاربة لثبت[(٣)] القصاص للآدمي؛ فيبعد أن يحيط حقه بوقوع القتل في المحاربة، ولنا اختلاف قول فيما إذا اجتمع حق الله - تعالى - وحق الآدمي: أنه يغلب حق الآدمي، أم لا؟ فكيف ينتظم منا إبطاله بالكلية؟!][(٤)] .

ثم كلام [الغزالي وأمامه][(٥)] ظاهره التناقض؛ فإنهما جزما القول في مسألة الكتاب بعد القتل، إذا قلنا: إن القتل في المحاربة يتعلق به حق الله - تعالى - وحق الآدمي، وكأنهما جعلا كلاًّ من الحقين جزء علة في قتل المحارب، لا علة مستقلة، وفي قتل من لا يقاد به لم يوجد أحد جزئي العلة، وهو حق الآدمي؛ فلا جرم لم يجب القتل، وكلامُهما[(٦)] بعد ذلك مصرح بأن كلا من الحقين علة مستقلة بنفسها، لا جزء علة؛ فإنهما قالا: إذا عفا ولي القتل عن القصاص على الدية، فإن قلنا: القتل محض حق الله - تعالى - فلا أثر لعفوه في سقوط القتل، ولا دية، وإن قلنا: حق الآدمي ثابت في الدم، فله الدية، وهو كمرتد استوجب القصاص، وعفا عنه، وقضية هذا أن يقولا بوجوب القتل في مسألة الكتاب، مع قولنا: إن القتل في المحاربة يتعلق به حق الله - تعالى - وحق الآدمي؛ لوجود العلة الكاملة في استحقاق قتله.

وحاصل ما ذكرته من التقرير يرجع إلى أنهما يلزمهما أحد أمرين: إما القطع بوجوب القتل في مسألة الكتاب، أو القطع بعدم إيجاب القصاص عند عفو الولي؛ تفريعًا على قولنا: إن للآدمي فيه حقًّا، ولم يقولا بواحد منهما، والله أعلم.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: لندب.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: الإمام والغزالي.
(٦) في ج: كلاهما، وفي د: كلا منهما.

باب ما يجب به القصاص من الجنايات

والجنايات، أي: على النفس والطرف «ثلاثة: خطأ، وعمد، وعمد خطأ»، أي: ثلاثة أنواع؛ لأنه أثبت الهاء في الجمع[1]. ودليل حصرها: أن الذي حصلت منه الجناية إما [أن][2] يقصد بها عين[3] المجني عليه أو لا: فإن لم يقصد فهو الخطأ، وإن قصده فإن كان بما[4] يقتل غالبًا فهو العمد، وإلا فعمد[5] الخطأ.

قال: «فالخطأ: أن يرمي إلى هدف، فيصيب إنسانًا»، وهكذا ذكره القاضيان أبو الطيب والحسين في باب الديات، وقد قيل: إن هذا ليس حد الخطأ؛ بل حده: ما لا يقصد فيه الشخص، ومثاله ما ذكره الشيخ، أو ما لا قصد فيه إلى الفعل، ومثاله: إذا زلق، فوقع [على][6] إنسان فأتلفه. وما ذكره هذا القائل[7]: من أن ما ذكره الشيخ ليس بحد الخطأ - صحيح[8]؛ لأن الحد إما كامل وهو المشتمل على ذكر الجنس والفصل، أو ناقص وهو المقتصر فيه على ذكر الفصل، ولا جنس ولا فصل - فيما ذكره الشيخ - لكنا نقول: لم يذكره الشيخ حدًّا، وإنما ذكره تعريفًا، واقتصر عليه؛ لدلالته على ما عداه من طريق الأولى؛ لأن فيما ذكره وجد منه قصد الفعل، ولم يؤثر في إيجاب قصاص ولا تغليظ؛ فعدم قصد بذلك أولى، على أني أقول: من زلق، فوقع على إنسان، فتلف به - لا أعد ذلك جناية منه، فضلا عن كونه خطأ؛ لأن الجناية مصدر: جنى يجني جناية، والخطأ بالهمز مصدر: أخطأ يخطئ إخطاء وخطأ، ومن زلق لا اختيار له؛ فلا فعل منه حقيقة حتى يقال: جنى، أو: أخطأ، لكنا نجعل حكم فعله حكم الخطأ؛ لقربه منه، وبعده عن غيره.

---

(١) في د: الجميع.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: غير.
(٤) في د: ما.
(٥) في ج: فهو عمد.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: القاتل.
(٨) في د: الصحيح.

تنبيه:

الخِطء - بكسر الخاء، وإسكان الطاء بعدها همزة-: هو الإثم، يقال: خَطِئ يَخْطَأ خِطئًا؛ فهو خاطئ، مهموز كله، كعلم يعلم علمًا [فهو عالم][(١)]، قال الله -تعالى-: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٣١]، وقال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَبَانَا ٱسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَآ إِنَّا كُنَّا خَٰطِـِٔينَ﴾ [يوسف: ٩٧] وقد يطلق «الخاطئ» على «المخطئ» في لغة قليلة، وأكثر الغزالي استعمالها.

الهدف، بفتح الدال: سبق بيانه في المسابقة.

قال: **والعمد: أن يقصد الجناية [بما يقتل غالبًا، وعمد الخطأ: أن يقصد الجناية بما][(٢)] [لا][(٣)] يقتل - غالبًا** - أي: كالسوط والعصا الخفيفة.

اعلم أن الحد الأول قد وافق عليه صاحب «التهذيب» وغيره، و[قد][(٤)] قال القاضي الحسين: إنه مستنبط من قول الشافعي إذا ضربه بما الأغلب أنه يموت منه، فمات منه؛ فعليه القود، وقد اعترض على الشيخ فيه؛ فقيل: إنه ليس بجامع، ولا مانع:

أما الأول؛ فلأن من قطع أنملة إنسان، فسرت جراحته إلى النفس - يقاد به، وإن كان القتل بذلك لا يحصل إلا نادرًا.

وأما الثاني؛ فلأن من قصد جماعة بسهم، ولم يقصد واحدًا بعينه؛ فقتل واحدًا منهم - لا يجب عليه القصاص، وإن وجد منه قصد الجناية [بما يقتل][(٥)] غالبًا.

واعترض على حد عمد الخطأ، فقيل: إنه ليس بجامع؛ لأنه يدخل قطع الأنملة فيه، مع أنه عمد.

وما ذكره هذا القائل: من أن الحد الأول غير جامع؛ لإخراجه مسألة [قطع][(٦)] الأنملة، فهو [غير صحيح][(٧)]؛ لأن «ما» في قول الشيخ: «أن يقصد الجناية بما يقتل غالبًا» نكرة[(٨)] موصوفة، وتقديره أن يقصد الجناية بشيء يقتل غالبًا، وإذا كان كذلك [فالغلبة معتبرة][(٩)] في ذلك الشيء الذي حصلت به الجناية، وهي[(١٠)]

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في د: بالقتل.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: الصحيح.
(٨) زاد في أ: غير.
(٩) في د: فالعلة معتدة.
(١٠) في جـ، د: فهي.

حاصلة في مسألة قطع الأنملة؛ لأن الذي حصلت به الجناية فيها آلة الجراحة[١]، وهي[٢] تقتل غالبًا. وبهذا[٣] يندفع قوله أيضًا: إن[٤] الحد الثاني[٥] غير مانع. نعم، هذا التفسير يخرج مسائل القتل بالإبرة؛ وكذلك صرح الشيخ بها؛ لخروجها عن الضبط.

وقوله: إن الحد الأول غير مانع؛ استدلالاً بمسألة السهم - ممنوع؛ لأنا نقول له: الموجود - فيما ذكرته - ليس إلا امتناع القصاص، وامتناع[٦] القصاص لا يدل على عدم العمدية؛ ألا ترى أن العمدية ثبتت، ويتخلف القصاص عنها؛ لاعتبار شيء آخر؟! فجاز أن يكون قصد عين الشخص شرطًا لوجوب القصاص، وإن صدق وصف العمدية بدونه، على أن المتولي حكى وجهًا في مسألة رمي السهم إلى قوم من غير قصد واحد بعينه: أنه يجب به القصاص، وأشار إليه الغزالي في باب الصيد والذبائح.

وقد تكلم الأصحاب في حد العمد وعمد الخطأ بعبارات أخر:

فقال بعضهم: ما علم حصول الموت به بعد وجود قصد الفعل والشخص فهو عمد، سواء قصد الفاعل إزهاق الروح أو لم يقصد، وسواء حصل الموت به غالبًا، أو نادرًا كقطع الأنملة. وإن وجد القصدان معًا، وترددنا في أن الموت حصل به - فهو عمد خطأ. وهذا منه حد للمذهب[٧] الصحيح، وإلا فقد قال مجلي: إن بعض علمائنا قال: لا بد من قصد إزهاق الروح[٨].

وبعضهم قال: يشترط قصد عين الشخص، كما ذكرناه.

وقد [اعترض][٩] على هذا القائل[١٠] فيما ذكره من حد العمد؛ فقيل: إنه غير مانع؛ فإنه لو ضرب كوعه بعصا؛ فتورم الموضع، ودام الألم حتى مات - فإنا نعلم حصول الموت به، ولا قصاص فيه؛ ولأجل ذلك قال بعضهم: إن حد العمد ما يقصد به القتل غالبًا في المثقلات، فأما في الجراحات فكل جرح سارٍ ذي غور[١١].

---

(١) في أ: جراحة.
(٢) في ج: فهي.
(٣) في أ: ولهذا.
(٤) في ج: في.
(٥) زاد في ج: أنه.
(٦) في د: فامتناع.
(٧) في ج، د: المذهب.
(٨) في د: بالروح.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في د: القاتل.
(١١) في أ: ساري عور.

قال الغزالي: وهذا ضعيف؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل[(١)]؛ فإن الجارح كما يؤثر في الظاهر بالشقِّ والتخريب يؤثر المثقل[(٢)] في الباطن بالهد والترضيض[(٣)]، واختار - بعد ذلك - ترك الضبط، وأن يقال: حصول الموت بالسبب[(٤)] إما أن يكون نادرًا، أو كثيرًا، أو غالبًا، [وليس كل كثير غالبًا][(٥)]؛ فإن المرض كثير، وليس بغالب، ولا نادر، بل الغالب الصحة، والجذام[(٦)] نادر لا كثير ولا غالب؛ فكل ما كان حصول الموت به[(٧)] غالبًا فيلتحق بما يكون حصول الموت به ضروريًّا، وإن كان يهلك كثيرًا، فإن كان الفعل بجارح ألحق بالغالب، وإن كان بغير [مثقل كالسوط][(٨)] والعصا لم يتعلق به قصاص.

قال: «ولا يجب القود إلا في العمد»:

أما وجه وجوبه فيه عند اجتماع شرائطه وهي صفته بكونه عدوانًا من حيث كونه مزهقًا للروح، والمكافأة في القتيل، وغير ذلك على ما سنبينه؛ فلما ذكرناه في أول الكتاب.

وأما عدم وجوبه في الخطأ؛ فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، فأوجب الدية، ولم يتعرض للقصاص، وللخبر المشهور.

وأما عدم وجوبه في عمد[(٩)] الخطأ؛ فلما روى أبو داود، عن عقبة بن أوس[(١٠)]، عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهم - في حديث طويل، أن رسول الله ﷺ قال: [«أَلَا][(١١)] إِنَّ دِيَةَ الْخَطَأِ شِبْهِ الْعَمْدِ - مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا - مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا»[(١٢)]، وأخرجه

---

(١) في أ: والمقتل.
(٢) في أ: المقتل.
(٣) في أ: والترصيص.
(٤) في د: بالسيف.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: الكلام.
(٧) زاد في د: نادرًا فلا قصاص فيه وما كان حصول الموت به، وزاد في جـ: نادرا فلا قصاص فيه وإن كان حصول الموت به.
(٨) في جـ: بمثقل كالسوط، في د: وإن بمثقل كالسقوط.
(٩) في د: عدم.
(١٠) في د: أويس.
(١١) سقط في أ.
(١٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٩٤) كتاب الديات، باب: في دية الخطأ شبه العمد، رقم (٤٥٤٧، ٤٥٤٨)، (٢/ ٦٠٥) باب: في دية الخطأ شبه العمد، رقم (٤٥٨٨، ٤٥٨٩)، والنسائي (٨/ ٤١)=

النسائي، وابن ماجه والبخاري في «التاريخ الكبير» والدارقطني في «سننه».

وجه الدليل منه: أنه - عليه السلام - سماه خطأ؛ فاندرج في الخبر المشهور، ويؤيده أنه جاء في حديث آخر: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ عَمْدِ الْخَطَإِ قَتِيلَ السَّوْطِ، وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»، فبين أن ذلك واجبه، ولأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبته؛ كما أن من لم يقصد الزنى؛ بأن وطئ بشبهة - لا يجب عليه الحد.

قال: «فإن جرحه بما له مَوْر من حديد» أي: كالسيف، والسكين والخنجر «أو غيره» كالنحاس والصفر والرصاص والذهب والفضة [والزجاج، والخشب، والقصب][1]، إذا اتخذ منه آلة تجرح «فمات منه - وجب عليه القود»؛ لأن هذا الفعل يفضي إلى الموت غالبًا فهو عمد؛ وهكذا الحكم فيما إذا أصابه بما ليس له حد يجرح، ولكن يثقب برأسه الدقيق؛ كالرمح والسهم والمسلة؛ لأن لذلك نكاية، كالجرح، ولا فرق فيه بين أن يخرج بعده دم أم لا، قال الماوردي: كما لا يعتبر ذلك في وجوب الدية.

تنبيه: المور - بإسكان الواو-: والغور[2] والنفوذ والسَّراية[3].

وأصله: الحركة؛ ومنه قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَمُورُ ٱلسَّمَآءُ مَوْرًا﴾ [الطور: ٩] أي: تموج.

وفي «الجيلي»: أن أصل المور: الطريق.

قال: «وإن غرز إبرة في غير مقتل» أي: كالألية والفخذ والعقب؛ كما ذكر القاضي الحسين، «فإن بقي منها ضَمِنا»؛ [أي: متألمًا، وهو بفتح الضاد وكسر

= كتاب القسامة، باب: ذكر الإختلاف على خالد الحذاء، رقم (٤٧٩٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٧٧) كتاب الديات، باب: دية شبه العمد مغلظة، رقم (٢٦٢٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٦/ ٤٣٤)، والدارقطني (٣/ ١٠٤) كتاب الحدود والديات وغيره حديث (٧٨)، وابن حبان (١٣/ ٣٦٤) برقم (٦٠١١)، والبيهقي (٨/ ٤٤) جماع أبواب تحريم القتل، باب: دية شبه العمد، كلهم من طريق خالد الحذاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ ....فذكره.

صححه ابن حبان، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٣١): قال ابن القطان في «كتابه»: هو حديث صحيح من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص ولا يضره الاختلاف الذي وقع فيه وعقبة بن أوس تابعي ثقة. ا.هـ.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: العود، وفي جـ: النور.

(٣) في د: بالسراية.

الميم][1] حتى مات - وجب عليه القود»؛ للعلم بحصول الهلاك بذلك، واعتبر الغزالي في ذلك أن يكون مع الألم ورم، حتى لو وجد الألم دون الورم - كان في وجوب القصاص وجهان.

قال: «وإن مات في الحال قد قيل: يجب» كما لو طعنه بمسلة فمات في الحال، ولأن في البدن مقاتل خافية في عروق ضارية، وربما صادفها، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وأبي الطيب بن سلمة.

وذكر القفال أنه الأصح.

وقيل: لا يجب؛ لأنه لا يقتل مثله في العادة؛ فأشبه لسع العقرب والزنبور، وأشبه ما لو مات بعد مدة، ولم يعقب للغرز[2] ألم ولا ورم، وهذا قول ابن سريج والإصطخري، وهو الذي صححه المتولي، واختاره القاضيان الطبري والروياني، وصاحب «المرشد»، وقال في «العدة»: إنه المذهب.

وقد حكى القاضي أبو الطيب: أنهما طردا مذهبهما في إسقاط الضمان أيضًا.

وحكى الشيخ في «المهذب» في باب الديات، والماوردي ذلك وجهًا تفريعًا على مذهبهما، مع وجه آخر: أن الدية تجب مغلظة؛ لتردده بين احتمالين: قتل، وسلامة، والأخير هو الذي جزم به الفوراني والبغوي؛ تفريعًا على قولهما.

ثم محل ما ذكرناه: إذا لم يبالغ في إدخال الإبرة، فأما إذا بالغ وجب القود وجهًا واحدًا، وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب والماوردي والفوراني.

وقال ابن الصباغ: لا وجه عندي لما ذكر[3] من التفصيل؛ [لأن القائل][4] بهذه الطريقة: إن كانت العلة عنده أنه لا يقتل غالبًا فلا فصل بين أن يبقى ضمنًا منه أو يموت في الحال، وإن كان يقول: إنه إذا لم يزل ضمنًا منه، فقد مات منه، وإذا مات في الحال فلا يعلم أنه مات منه؛ فكان ينبغي أن يكون الوجهان في وجوب الضمان دون القود.

وعن القاضي ابن كج وغيره: أنهم طردوا الوجهين فيما إذا تورم الموضع،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: الفرز.
(٣) في د: ذكره.
(٤) في أ: أن القاتل.

ودام الألم إلى الموت؛ لأن الفعل في نفسه ليس مما يقصد [به الإهلاك][١] في نفسه، وأنه دون الفصد والحجامة اللذين يقدم عليهما الناس بالاختيار، ولا يعدونهما قتلاً.

وفي «الرقم»[٢] للعبادي: أن الغرز في بدن الصغير والشيخ الهم ونضو الخلق، يوجب[٣] القصاص بكل حال، وسلك القاضي الحسين طريقًا آخر، فقال: إن كان غرز الإبرة في اللحم، فإن دمي فعليه القصاص، وإن لم يدم فعلى وجهين.

وإن غرز في الجلد، فإن لم [يدم][٤] فلا قصاص، وإن دمي[٥] فوجهان.

وإن أعقب الغرز ألمًا حتى مات وجب القود، أما إذا غرز الإبرة في مقتل كأصول الأذنين والعين والقلب والصدر والخاصرة والخصية، وجب القود جزمًا.

قال: «وإن ضربه بمثقل كبير»، أي: بشيء يقتل[٦] كالعمود من الحديد، والدبوس، وحجر الرحا ونحوه، «أو بمثقل صغير»، [أي: كالحجر الصغير][٧] والعصا الخفيفة «في مقتل، أو في رجل ضعيف»؛ أي: لصغر، أو كبر، «أو في حر شديد، أو برد شديد»؛ أي: يقتل مثل ذلك الضرب بتلك الآلة فيه غالبًا أو والى بين[٨] **الضرب؛ فمات منه - وجب عليه القود**»؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]والسلطان هو القود، وهذا قد قتل مظلومًا؛ فوجب أن يكون لوليه القود؛ ولما روى أبو داود بسنده في حديث طويل: «أَنَّ [حَمَلَ بْنَ مَالِكٍ][٩] بْنِ النَّابِغَةِ قَالَ لِعُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا-: كُنْتُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ، فَضَرَبَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَحٍ، فَقَتَلَتْهَا وَجَنِينَهَا فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي جَنِينِهَا بِغُرَّةٍ، وَأَنْ تُقْتَلَ»[١٠] وخرجه النسائي، وابن ماجه. وقال أبو داود: والمسطح: هو الصوبج. وقال أبو عبيد: إنه عود من أعواد الخباء.

وحمل[١١] بحاء [مهملة مفتوحة وبعدها ميم مفتوحة ولام][١٢].

(١) سقط في أ.
(٢) في د: الذمم.
(٣) في أ: نوجب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: دم.
(٦) في د: ثقيل.
(٧) في أ: أو كبير.
(٨) في جـ، د: به.
(٩) في أ: حمل بن ملك
(١٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٠٠) كتاب الديات، باب: دية الجنين، برقم (٤٥٧٢)، والنسائي (٨/ ٢١) كتاب القسامة، باب: قتل المرأة بالمرأة، وابن ماجه (٢/ ٨٨٢) كتاب الديات، باب: دية الجنين، برقم (٢٦٤١).
(١١) في د: جميل.
(١٢) سقط في أ، د.

وروى أبو داود أيضًا عن أنس - وهو ابن مالك-: «أَنّ جَارِيَةً وُجِدَتْ قَدْ رُضَّ رَأْسُهَا بَيْنَ حَجَرَيْنِ، فَقِيلَ لَهَا: مَنْ فَعَلَ بِكِ هَذَا: أَفُلَانٌ؟ أَفُلَانٌ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا، فَأُخِذَ الْيَهُودِيُّ فَاعْتَرَفَ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَضِّ[(١)] رَأْسِهِ بِالْحِجَارَةِ»[(٢)] وأخرجه البخاري ومسلم وغيرهما؛ فثبت القصاص في هاتين[(٣)] الصورتين بالنص، وقيس ما عداهما عليهما؛ لأنه في معناهما.

وأيضًا فإن الخصم وهو أبو حنيفة - وافقنا - كما حكاه الماوردي - على أن القتل بالعمود الحديد موجب للقود؛ فقيس عليه غيره بجامع ما اشتركا فيه من إزهاق الروح.

وأيضًا: فإن إيجاب القصاص شرع؛ صيانة للنفوس بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] فلو سقط بالمثقل لما انخرست النفوس، وفي ذلك إبطال معنى النص؛ فبطل.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في وجوب القصاص على من قتل الضعيف بالمثقل الصغير بين أن يعلم ضعفه أو لا يعلم، وهو الصحيح في الطرق.

وحكى الرافعي وغيره وجهًا فيما إذا ظنه صحيحًا، [و][(٤)] كان ذلك الضرب لا يقتل الصحيح غالبًا - أنه لا يجب؛ [لأن ما][(٥)] أتى به ليس بمهلك عنده، وذكر أن هذا الوجه مأخوذ من الخلاف فيما إذا شهد اثنان على إنسان بما يوجب القتل، ثم رجعا، وقالا: تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا[(٦)] - في أنهما هل يقادان، أم لا؟

قال: «وإن رماه من شاهق»؛ أي: مكان عالٍ، وأصله الجبل المرتفع، أو عصر خُصييه عصرًا شديدًا، أو خنقهُ خنقًا شديدًا، أي: يموت من مثله غالبًا «أو

---

(١) في جـ: يراض.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٩٠) كتاب الخصومات، باب: ما يذكر في الأشخاص والخصومة بين المسلم واليهود برقم (٢٤١٣)، ومسلم (٣/ ١٣٠٠) كتاب القسامة، باب: في القصاص في القتل بالحجر، برقم (١٧/ ١٦٧٢)، وأبو داود (٢/ ٥٨٧) كتاب الديات: باب يقاد من القاتل، حديث (٤٥٢٧).

(٣) في د: هذين.

(٤) في أ: أو.

(٥) في د: لازمًا.

(٦) في جـ: بشهادتهما.

طرحه في ماء، أو نار لا يمكنه التخلص منه»؛ أي: لكثرته؛ أو لضعف المطروح، أو لكونه مكتوفًا.

قال: «وجب عليه القود»، أي: إذا مات منه؛ لأن ذلك يقتل غالبًا فوجب فيه القود؛ كالجارح. ولا فرق في وجوب القود [به][1] بين أن يموت في الحال أو بعد خروجه من الماء والنار، وزوال الخنق والعصر، وبقائه ضمنًا إلى الموت.

وحكم شد يديه ورجليه، وطرحه في ساحل يعلم وصول الماء إليه بالزيادة؛ كالمد بالبصرة؛ كما قال في «المهذب» في باب الديات، و«الحاوي» في باب التقاء الفارسين - حكم الإلقاء في الماء المهلك، وكذا حكم وضع مخدة على وجهه، وجلوسه عليها، أو سَدّ فيه بشيء ومَسْكِ أنفاسه إلى الموت - حكم الخنق، أما إذا أمسك نفسه، أو خنقه مدة لا يقتل مثلها غالبًا - فلا قود، وتجب دية مغلظة، قاله المحاملي وابن الصباغ.

تنبيهان:

أحدهما[2]: قوله: «خصييه»[3] بياء آخر الحروف مكررة، وليس هي مثناة من فوق، هذا هو المشهور في اللغة، ونقل الجوهري وغيره عن أبي عمرو أنه قال: الخصيتان: البيضتان، والخصيان - بحذف التاء-: الجلدتان اللتان فيهما البيضتان. قال الجوهري: يقال: خُصية، بضم الخاء وكسرها، والمشهور الضم.

الخنق - بفتح الخاء، وكسر النون-: مصدر «خنقه، يخنقه»، بضم النون، خنقًا، ويجوز إسكان النون مع فتح الخاء وكسرها.

وحكى عن صاحب «المطالع»: فتح النون [و][4] قيل: هو شاذ أو غلط[5].

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: الأول.
(٣) في د: خصيته.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) قوله: قال الشيخ: أو خنقه خنقًا شديدًا. الخنق -بفتح الخاء وكسر النون- مصدر خنقه يخنقه - بضم النون - خنقًا، ويجوز إسكان النون مع فتح الخاء وكسرها.
وحكى عن صاحب المطالع فتح النون، وهو شاذ وغلط. انتهى.
واعلم أن هذا الكلام قد أخذه المصنف من التحرير للنووي على عادته، وما نقله عن المطالع من فتح النون هو فيه، أعني في المطالع، لكن الأمر فيه كما نقله في الكتاب من كونه وهمًا ولم يبين مستنده؛ وذلك لأن المذكور في الكتب المطولة فما هو دونها إنما هو الثلاث المذكورة، وكسر النون أشهرها على وزن الكذب، ويؤيد الغلط أن المطالع مختصر المشارق للقاضي عياض، والمشارق لم يذكره، بل ذكر السكون والكسر ورجح السكون على خلاف ما قاله الأكثرون. [أ و].

الثاني: تقييد الشيخ إيجاب القود في الصورتين الأخيرتين بعدم القدرة على التخليص، يشعر بأمرين:

أحدهما: أنه إذا قدر عليه لا يجب القود.

الثاني: أنه لا يتوقف وجوب القود فيما عدا الصورتين على عدم القدرة على الخلاص، بل يجب وإن قدر المجني عليه عليه.

والإشعار الأول صحيح على ما حكاه الماوردي والمحاملي والبندنيجي وغيرهم من العراقيين، إلا القاضي أبا الطيب؛ فإنه حكى في «تعليقه» فيما إذا قدر على التخلص[1] من النار ظاهرًا؛ كما قاله الفوراني، أو قال: يمكنني أن أخرج منها، ولم أفعل؛ كما صوره ابن الصباغ في وجوب القود - قولين:

أحدهما: نعم؛ كما لو جرحه، فترك التداوي، ولم يزل متألمًا ضمنًا إلى أن مات، وهذا ما جزم به الفوراني، وحكاه القاضي الحسين، ونسبه ابن كج إلى القاضي[2] الحسين، وجماعة إلى القفال، وبه أجاب العبادي في «الرقم».

وحكى الإمام مثله وجهًا في مسألة الماء أيضًا إذا قلنا بأنه يوجب الدية.

وقال الرافعي: إن صاحب «الرقم» حكى عن بعض البغداديين من الأصحاب أنهم صاروا إليه؛ تخريجًا من مسألة النار.

والقول الثاني في مسألة النار: أنه لا يجب، وهو الذي أبداه القاضي الحسين احتمالاً، واختاره الشاشي لنفسه، وحكاه المحاملي عن النص؛ حيث قال: قال الشافعي: لا قود فيه ولا عقل.

قال الأصحاب: والفرق بين هذا وبين المجروح؛ إذا تمكن من مداواته، فلم يفعل حتى مات - من وجهين:

أحدهما: أن موته بالجرح حصل من السراية، وهي من فعل الجارح، وموته هنا حصل من إقامته؛ وهي من فعل المطروح.

والثاني: أن برءه بالتداوي مظنون؛ فلا يسقط لأجله حكم الجناية المتحقق، وليس كذلك في مسألتنا؛ فإن سلامته بخروجه من النار متحققة، فإذا لم يفعل سقط [القود][3]؛ ولهذا نقول: إذا فتح عرقه؛ فلم يعصبه حتى مات - لم يجب ضمان بقود ولا دية.

---

(١) في د: التخليص. (٢) في جـ، د: أبي. (٣) في جـ: القول.

والإشعار الثاني يؤيده ما حكاه ابن يونس من إطلاق القاضي أبي الطيب القول بالقود مطلقًا، وأنه الأصح، وأن صاحب «المستظهري» قال: وعندي: أنه[١] لا اعتبار بقدرته على الدفع، والقود واجب؛ لا سيما إذا قلنا: لا يجب عليه الدفع عن نفسه، وقد حكى الماوردي خلاف ذلك جزمًا فيما إذا قدر المخنوق على خلاص نفسه؛ لفضل قوته على قوة الخانق، ولم يفعل، وقال: إنه لا قود على الجاني؛ لأنه قاتل نفسه، وفي وجوب الدية قولان ممن أمر[٢] غيره بقتله، قال المحاملي: والصحيح: أنها لا تجب.

قال الماوردي: ويخالف من أريدت نفسه، فلم يدفع عنها حتى قتل؛ فإنه لا يسقط عن قاتله القود؛ فإن سبب القتل في المخنوق موجود [فكان تركه إبراء، وسببه في الطالب نفسه غير موجود][٣]، فلم يكن [في][٤] الإمساك قبل حدوث السبب إبراء.

فروع:

إذا حبسه في بيت؛ فمات جوعًا أو عطشًا - نظر: إن أمكنه الأكل والشرب؛ بأن كان ما يتناوله عنده، وهو يهتدي إليه، أو لا، وكان يمكنه أن يستدعيه؛ فيأتيه، فلم يفعل - فهو قاتل نفسه.

وإن [كان][٥] منعه الحابس الطعام والشراب، وطلبه في مدة يموت مثله فيها غالبًا من الجوع والعطش - فعليه القصاص، وكذا إذا كان عنده، وكان صغيرًا لا يهتدي إليهما؛ فمات - يجب عليه القصاص وألحق الغزالي في «الفتاوى» بهذه الحالة ما إذا منع من افتصد من شد[٦] الفصاد حتى مات، فإن لم يمض عليه مثل تلك المدة؛ فمات: فإن لم يكن به جوع أو عطش سابق فهو شبه عمد، وإن كان به جوع سابق أو عطش ففيه طريقان في «التهذيب»:

[أظهرهما في «الرافعي»، وهو المذكور في «الوجيز»: أنه إن علم جوعه السابق أو عطشه لزمه القصاص، وإلا فقولان، أصحهما: المنع.

(١) في د: أيضًا.
(٢) في د: أم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في د: سد.

والثاني: إن كان جاهلا بحاله فلا قصاص][(١)] قطعًا[(٢)]، وإن كان عالمًا فقولان، أصحهما في «التهذيب»: عدم الوجوب، فإن لم نوجب القصاص ففيما يجب من الدية قولان:

أحدهما: جميعها.

والثاني: نصف دية شبه العمد، وهو ما أورده المتولي والأكثرون.

[وفي «النهاية» - في كتاب الوديعة - حكاية وجهين في إيجاب الضمان، أحدهما: لا يجب؛ لأن الحابس لو حبس في مثل هذا الزمان من لم يكن به جوع سابق لم يمت، ولم يوجد منه هنا إلا الحبس في هذا الزمن؛ فلا يؤاخذ بتلف ترتب على الجوع السابق][(٣)].

ولو منعه الشراب دون الطعام، فلم يأكل؛ خوفًا من العطش، فمات - فلا قصاص. وفي وجوب ضمانه وجهان، المذكور [منهما][(٤)] في «التهذيب»: المنع.

إذا حبسه، وعراه حتى مات بردًا - فهو كما لو حبسه ومنعه الطعام والشراب، وهذا بخلاف ما لو خلاه في طريق، ونزع ثيابه؛ فمات من البرد، أو أخذ زاده وماءه؛ فمات جوعًا وعطشًا؛ فإنه لا قصاص.

قال المتولي: لأنه ما قصد بالذي فعل قتله، وإنما قصد تحصيل شيء لنفسه، وكما لا يجب القصاص لا تجب الدية؛ فإنه لما لم تتصل جنايته به صار كما لو وجد مضطرًّا وله طعام، فمنعه منه حتى مات، أو كان يغرق في الماء، وهو يقدر على تخليصه[(٥)]، فلم يفعله؛ فإنه آثم، ولا ضمان.

وأشار القاضي الحسين إلى خلاف في وجوب الضمان فيما إذا عراه في مفازة [فمات بردًا، وفيما إذا منع منه الطعام والماء وهو في مفازة][(٦)]؛ حيث قال: لا ضمان على الصحيح.

[وفي «الحاوي» في باب الأطعمة فيما إذا منع المضطر الطعام، فمات، أو قتل - أنه يضمن ديته - كان مذهبًا؛ كما لو منعه من طعام نفسه؛ فإنه يضمن ديته؛

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: قولا واحدا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: تحصيله.
(٦) سقط في جـ.

كذلك هاهنا][(١)].

قال: «وإن طرحه في لجة أي: لا يقدر على الخلاص منها، فالتقمه حوت قبل أن يصل إلى الماء - ففيه قولان:

أحدهما: يجب [عليه][(٢)] **القود**؛ لأنه رماه في مهلكة، وقد هلك بسبب رميه، ولا نظر إلى الجهة التي يهلك بها؛ كما لو ألقاه في بئر مهلك، فكان أسفلها سكاكين منصوبة لم يعلم بها الملقي؛ فهلك بها، أو جرحه بسكين مسمومة لم يعلم الجارح بسمها؛ فمات بالسم.

وأيضًا: فإن[(٣)] لجة البحر، وهي معظم الماء - كما نبهنا عليها في الغصب - معدن الحوت[(٤)]، فالإلقاء فيها إلقاء إلى الحوت[(٥)]؛ فصار كما لو كتفه وعرضه للسبع، وهذا القول هو المنصوص للشافعي، والأصح في «الرافعي» وغيره.

والثاني: لا يجب؛ لأن الهلاك حصل بغير ما قصد به الملقى الإهلاك، وإذا لم يكن سبب الهلاك متعلق قصده صار[(٦)] ذلك شبهة دارئة للقصاص.

قال القاضي أبو الطيب: بالقياس على ما لو دفعه من حائط، فاستقبله إنسان بسيف فقده نصفين[(٧)]؛ فإنه يكون خطأ من الدافع؛ كذلك هاهنا، وهذا منه يدل على أن الملقى في مسألتنا إذا لم نوجب عليه القصاص يجب عليه دية الخطأ، وقد صرح الرافعي وابن الصباغ بأنها دية عمد الخطأ، وهذا القول رواه الماوردي عن حكاية الربيع.

وقال الإمام: إن الربيع خرجه مما إذا رمى [رجلا][(٨)] من شاهق، واعترض له واحد[(٩)] فقده بنصفين[(١٠)] - فإنه لا قود على الرامي، وكذلك حكاه القاضي الحسين، لكنه قال: إن محله مع القول الأول إذا التقمه الحوت، أو اختطف رأسه بعد وصوله إلى الماء، أما إذا التقمه، أو اختطف رأسه قبل أن يصل إلى الماء - فلا يجب القود وجهًا واحدًا، وهذه طريقة القفال؛ كما حكاها أبو الحسن العبادي عنه.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) زاد في ج: كان.
(٤) في ج، د: الخوف.
(٥) في ج: الخوف.
(٦) في د: فصار.
(٧) في أ، د: بنصفين.
(٨) سقط في ج.
(٩) زاد في ج: بسيف.
(١٠) في ج: نصفين.

وفي «التهذيب» وغيره: أنه لا فرق بين الحالتين، وقد ادعى الجيلي أن القول المخرج هو الصحيح.

قال الإمام: إن معظم الأصحاب لم يرتضوا التخريج، وفرقوا بين الصورتين بأن القتل في مسألة تلقي القاد صدر من فاعل مختار يفعل برأي وترو[١]؛ فقطع أثر السبب الأول، والحوت يلتقم بطبعه كالسبع الضاري؛ فجاز ألا يقطع السبب الأول؛ ألا ترى أنه لو أمسك إنسانًا فقتله إنسان آخر - فلا قصاص على الممسك، [ولو هدفه لوثبة أسد ضار، فافترسه - فالقصاص على الممسك؟!][٢].

وغيره فرق: بأن الإلقاء من الشاهق قد لا يهلك؛ فإن الريح ربما رفعت الملقى وعطفته؛ فيصيب الأرض بلا شدة ولا صدمة؛ فيسلم، فإذا طرأ عليه القد بطل أثره، والإلقاء في الماء المغرق مهلك لا محالة؛ فلا ينظر إلى ما يحدث بعده.

قال الرافعي: وهذا يفهم القطع بوجوب القصاص إذا كان التقام الحوت بعد وصوله إلى الماء، وفي إيراد الشيخ أبي حامد وغيره من الأئمة العراقيين ما يشعر به.

وحكى الماوردي عن بعض الأصحاب أنه نفي[٣] الخلاف في المسألة، وحمل القولين على اختلاف حالين، وقال: الأول محمول على نيل مصر الذي يغلب عليه التماسيح؛ فلا يسلم منها أحد. والثاني: محمول على غيره من البحار والأنهار التي تخلو - غالبًا - عن مثله. وحكي في باب القصاص بغير السيف، في مسألة التلقي بالسيف وجهان: أن القاتل هو الملقي دون القادّ؛ لأنه بإلقائه كالموحي، وكذلك حكاه الإمام في «باب وضع الحجر» عن بعض التصانيف، وضعفه ونسبه البغوي إلى الشيخ أبي حامد، وقال: إنه ليس بصحيح.

وحكى البندنيجي وابن الصباغ - قبيل[٤] باب التقاء الفارسين، والشيخ في «المهذب» في باب الديات، مع الوجه الأول فيها وجهًا آخر: أنهما شريكان في الضمان، وادعى الإمام في باب وضع الحجر: أن أحدًا من الأصحاب لم يحكه،

---

(١) في جـ، د: وتروى.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: بقي.
(٤) في جـ، د: قبل.

وبه يجتمع في المسألة ثلاثة أوجه؛ كما صرح به[(١)] الماوردي قبيل باب اصطدام الفارسين، وحكاه ابن يونس:

أحدها: أن الضمان على القاد؛ فيضمنه بالقود أو الدية.

والثاني: أنه على الملقى؛ فيضمنه بالقود والدية.

والثالث: أنهما يضمنانه [جميعًا][(٢)] بالقود والدية، والله أعلم.

قال: «وإن طرحه في زُبية فيها سبع؛ فقتله، أو أمسك كلبًا؛ فأنهشه؛ [فمات][(٣)]، **أو ألسعه حية أو عقربًا يقتل مثلها غالبًا، فقتله - وجب عليه القود**: أما في الأولى؛ فلأنه ألجأ السبع إلى قتله؛ لأنه يثب بطبعه في المضيق، ويقصد؛ فوجب عليه القود؛ كالمكره، وأما في الباقي[(٤)]؛ فلأن ما ذكره آلة له في القتل؛ فهو كالسيف.

والزبية - بضم الزاي، وإسكان الباء ثانية الحروف-: حفرة تحفر للأسد؛ ليصاد فيها، وجمعه: زبى، بضم الزاي، و[في][(٥)] معناها كل[(٦)] مضيق.

وألحق بذلك ما إذا عرضه لافتراس السبع[(٧)]، وهدفه له، حتى صار السبع كالمضطر إليه؛ [كما حكاه ابن كج عن النص، وجزم به أبو الطيب، أما إذا لم يلقه على السبع][(٨)] في مضيق، ولا هدفه له - فقد أطلق معظم الأصحاب القول بأنه لا قصاص، وحكوه عن النص. ووجهوه بأن السبع لا يقصد الآدمي في الموضع الواسع إلا قصد الدافعين، ويمكن التحرز عنه والفرار عنه.

وعن القاضي الحسين وغيره: أن السبُع إذا كان ضاريًا شديد العدو، وكان لا يتأتى الهرب منه في الصحراء، أو كان الشخص قصير الخطوة عن وثبة السبع - أنه يجب عليه القود، وهو ما أجاب به الماوردي، وقال: إنه يكون بمثابة من أرسل سهمًا قاتلاً. والإمام جعل هذا كالبيان والاستدراك لما أطلقه الأصحاب وأرسلوه، وحكى عن صاحب «التقريب» رواية قولين في وجوب القصاص على من حبس شخصًا مع سبع؛ فقتله، واستبعد ذلك، وقد حكاهما الرافعي عن رواية

(١) في د: فيها.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: الثاني.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) زاد في جـ: بيت.
(٧) في د: الأسد.
(٨) سقط في د.

[القاضي][١] ابن كج بالنقل والتخريج، واتفق النقلة على أنه لو كتفه وألقاه في أرض مسبعة؛ فافترسه السبع - أنه لا قود عليه؛ لأنه لم يلجئه إلى قتله، وكذا لا دية؛ كما في الممسك مع القاتل، صرح به الماوردي، وغيره، وحكى وجه: أنه يجب الضمان إذا كان المطروح صغيرًا لا يقدر على الانتقال.

وفي «المهذب»: الجزم بوجوب الدية مغلظة إذا كان المطروح رجلاً؛ لأن ذلك شبه عمد، وبوجوبها مخففة إذا كانت الأرض غير مسبعة، فافترسه السبع؛ لأنه قتل خطأ.

ولا فرق في السبع الذي ذكرناه بين أن يكون أسدًا، أو نمرًا، أو كلبًا عقورًا. والحيات التي تقتل - غالبًا - حيات الطائف، وكذا أفاعي مكة، وثعابين مصر، والعقارب التي تقتل - غالبًا - عقارب نصيبين.

قال: «وإن لم يقتل غالبًا» أي: كالذئب كما قاله البندنيجي، وحيات الماء، والحجاز، وعقارب مصر «ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا يجب»؛ لأنه لم يظهر منه قصد القتل، وهذا وافق الشيخ على تصحيحه البغوي والروياني والقاضي أبو الطيب.

والثاني: يجب؛ لأن نهشه ذلك يشق الجلد، ويرتقب منه الغور والنكاية؛ فكان كالجرح، وقد وافق الشيخ على حكاية القولين [هكذا الماوردي][٢].

وحكى الإمام أن الأصحاب قالوا: الحكم في هذه المسألة كالحكم فيما لو غرز إبرة. وقد سبق تفصيله، وأن[٣] هذا حسن بالغ.

فرع: إذا حبسه مع حية في مكان ضيق؛ فقتله - لا قصاص عليه ولا دية.

وحكى القاضي ابن كج قولاً: أن ذلك كالجمع بينه وبين السبع في بيت.

قال: «وإن أكره رجلاً على قتله»، أي: بغير حق؛ فقتله - «وجب عليه القود»؛ لأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك - غالبًا - فأشبه ما إذا رماه بسهم فقتله.

قال القاضي أبو الطيب: ولأن المكره على الفعل بمنزلة المباشر له؛ بدليل أن المطلوب نفسه يحل له أن يدفع عن نفسه، وهو مخير بين أن يقتل الآمر، أو المأمور أو هما معًا، وإذا كان كذلك فهو لو باشر القتل على وجه العمد وجب عليه القصاص؛ كذلك هاهنا.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في د: فإن.

وقد حكى القاضيان أبو الطيب والحسين أن المذهب لا يختلف في ذلك.

وحكى الرافعي: أن الشيخ أبا عاصم العبادي [حكى عن][١] شيخه الأستاذ أبي طاهر، عن شيخه الأستاذ أبي الوليد، عن شيخه ابن سريج: أنه لا قصاص عليه؛ لأنه متسبب، والمكره مباشر مأثوم بفعله، والمباشرة تقدم على السبب.

وفي «ابن يونس» حكاية ذلك قولاً، وكذلك في «الجيلي»، ونسبه إلى «البسيط» و«تعليق» الشريف، وقد رأيت فيه إشارة إليه.

قال: «وفي المكره»؛ أي: بفتح الراء - قولان:

أصحهما: أنه يجب؛ لأنه قتله عمدًا عدوانًا؛ لاستيفاء نفسه؛ فوجب عليه القود؛ كما لو قتل المضطر إنسانًا ليأكله، بل أولى؛ لأن المضطر على يقين من التلف[٢]؛ إن لم يأكل، وليس المكره على يقين من القتل إن لم يقتل. ولأن القصاص حكم يتعلق بالقتل؛ فوجب ألا يسقط بالإكراه؛ كالمأثم.

والقول الثاني: أنه لا يجب؛ لأنه قتله دفعًا عن نفسه؛ فأشبه [قتل الصائل][٣]، وأيضًا فإن المكرَه آلة المكرِه؛ ولذلك وجب القصاص على المكره؛ فصار كما لو ضرب به المكره على قتله فقتله، قال البغداديون: ولأن الإكراه شبهة تدرأ بها الحدود.

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في جريان القولين بين أن يكون المكره هو الإمام، أو نائبه، أو إمام أهل البغي، أو المتغلب باللصوصية، وذلك هو الطريقة الصحيحة في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«مجموع» المحاملي و«الشامل» وغيرها[٤]. ومقابلها: أن محلهما إذا كان المكره هو الإمام، أو نائبه، أو من في معناه: كأمير طائفة خرجوا على الإمام بتأويل سائغ[٥]، وتغلبوا على بلده؛ كما صرح به المحاملي.

أما إذا أكرهه خلاف ذلك كإمام أهل البغي، وجب عليه القود جزمًا.

والفرق: أن الإمام واجب الطاعة في الجملة؛ فأمره وإكراهه يوجب[٦] الشبهة في القصاص.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: القتل.
(٣) في جـ، د: قتل الصائد.
(٤) في جـ: غيرهما.
(٥) في أ: يتابع.
(٦) في أ: يورث.

وفي «الحاوي» على هذه الطريقة: أن المكره إن كان إمام أهل البغي، وكان المكره ممن يعتقد صحة ما صار إليه - [فهو في حقه كإمام أهل العدل في حقهم، وإن كان لا يعتقد صحة ما صار إليه][(١)] فوجهان، وإن كان المكره متغلبًا باللصوصية فهو محل الجزم بوجوب[(٢)] القود.

[وفي «الإبانة» و«العدة» حكاه عن بعض الأصحاب: أنه جزم بعدم وجوب القود][(٣)] على مكره السلطان، وبوجوبه على مكره غيره، وقال: إن ذلك نص عليه الشافعي، وإن الفرق: أن مكره[(٤)] غير السلطان يجد مخلصًا[(٥)] .

من المتغلب عليه[(٦)] بأن يستعين بالسلطان، ولا كذلك مكره السلطان؛ فإنه لا يجد [منه][(٧)] مخلصًا، ثم السلطان هل يخرج بالإكراه على القتل عن الإمامة؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي عن [ابن][(٨)] أبي هريرة، وأنه أجراهما في ارتكابه [الكبائر التي][(٩)] يفسق بها، وقد تقدم في كتاب الطلاق الكلام فيما يحصل به الإكراه في الطلاق، وقد قال بعض أصحابنا: إنه يحصل به الإكراه على القتل أيضًا.

وقال القاضي الحسين: الذي يحصل به الإكراه هنا هو أن يخوفه بعقوبة لو نالها من يديه مبتدئًا - وجب فيها القصاص، والصحيح الذي مال إليه المعتبرون هاهنا ورجحوه ما[(١٠)] حكاه القاضي الحسين عن أصحابنا العراقيين، وهو في «الشامل»: أن الإكراه في القتل لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل، أو ما يخاف منه التلف كالقطع، بخلاف الطلاق، وألحق الرافعي بالقطع الضرب الشديد.

التفريع: إن أوجبنا القصاص: فإذا آل الأمر إلى الدية بالعفو فهي موزعة عليهما، وهما كالشريكين، وإن لم نوجبه[(١١)] على المكره ففي وجوب الدية عليه وجهان حكاهما المراوزة - وكذا[(١٢)] الماوردي، عن البغداديين والبصريين-:

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: لوجوب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: المكره، وفي د: يكره.
(٥) في د: متخلصا.
(٦) في أ: المغلب.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: للكبائر الذي.
(١٠) في جـ، د: و.
(١١) في جـ: يوجب.
(١٢) في جـ: كذلك.

أحدهما: لا؛ تنزيلاً[١] له منزلة الآلة[٢]، وهذا ما صححه في «التهذيب».

والثاني: يجب نصف الدية، والقصاص [إنما][٣] يثبت للشبهة، وهذا هو المنصوص، والذي أورده المحاملي، وابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب والأكثرون.

[وعبارة البندنيجي - في كتاب: الصيام-: أن الشافعي لم يُجْرِ الإكراه على القتل مجرى غيره؛ لأنه لم يسقط حكمه بكل حال على أحد القولين؛ لأنه أوجب نصف الدية قولاً واحدًا،][٤] فعلى هذا: إذا غرم رجع به على المكره، صرح به الغزالي، ولم أره لغيره، وتجب عليه الكفارة أيضًا، ويتعلق بقتله حرمان[٥] الميراث.

ثم من يغرم: هل الجاني، أم عاقلته؟ تردد فيه الإمام، وحكى الجيلي ذلك قولين، وعلى القول بعدم وجوب شيء من الدية هل تجب الكفارة؟ فيه وجهان، [أصحهما: الوجوب؛ لحصول الإثم المحوج إلى التكفير، فإن أوجبناها تعلق بها حرمان[٦] الميراث، وإلا فوجهان][٧] ، أظهرهما: ثبوته.

تنبيهان:

أحدهما: احترز الشيخ بقوله: «رجلاً» عما إذا كان المكره صبيًّا مراهقًا؛ فإن القصاص لا يجب على المكره؛ لصباه، ووجوبه على المكره ينبني على أن عمد الصبي عمد أو خطأ: إن قلنا: عمد - وهو الأصح - فعليه القصاص، وإلا فلا؛ لأنه شريك خاطئ، وبهذا جزم القاضي الحسين.

قال الإمام: وهذا إذا فرعنا على أنه يجب القصاص على المكره - بفتح الراء - وتنزيل المكرِه والمكرَه منزلة الشريكين، أما إذا قلنا: لا قصاص على المكرَه - ففي وجوب القصاص على المكره - بكسر الراء - [مع][٨] الحكم بأن عمد الصبي خطأ، وجهان. وقال: إن القاضي الحسين أشار إليهما، يعني به: [في][٩] المسألة التي سأذكرها تلو هذه.

---

(١) في أ: ينزل، وفي د: تنزلًا.
(٢) في جـ: الاله، وفي د: الاله.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في أ: جريان.
(٦) في د: جريان.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في جـ.

ووجه الوجوب: أن إكراهه هو الذي ولد هذا الخطأ، وهذا الوجه هو الذي رأى صاحب «التهذيب» الجواب به إذا لم نوجب الدية على المكره، ونزلناه منزلة الآلة، وقد طرد الإمام الوجه فيما لو أكرهه[(١)] أن يرمي إلى طللٍ[(٢)] عهده المكره إنسانًا، وظنه الرامي جرثومة أو صيدًا، أو على أن يرمي إلى ستر وراءه إنسان عرفه المكره دون الرامي؛ كما حكاه القاضي الحسين عن المذهب، وأبدى تخريج الوجهين احتمالاً لنفسه من خلاف سبق[(٣)] في الوكالة فيما إذا اقتص الوكيل بعد عفو الولي، وهو جاهل بالعفو - فإن الدية هل تجب أم لا؟ فيه قولان: فإن قلنا: تجب، [فهل][(٤)] في مال الوكيل [أو لا؟][(٥)] فيه وجهان. قال: فإن قلنا: تجب في مال الوكيل، فهاهنا يجب القود على المكره، ومال صاحب التهذيب إلى القطع بالوجوب هاهنا.

ولو انعكس الحال، فكان المكره مراهقًا، والقاتل بالغًا - فلا ضمان على المكره، وفي المكره القولان: إن جعلنا عمد الصبي عمدًا [وجب القصاص][(٦)]، وإن جعلناه خطأ فلا قصاص؛ لأنه شريك خاطئ.

الثاني: في قول الشيخ: «وإن أكره رجلاً على قتله وجب عليه القود...» إلى آخر المسألة، ما يعرفك أن صورة المسألة إذا كان الإكراه على قتل رجل غير المكرِه والمكرَه، أما إذا كان المكرَه على قتله هو المكرَه؛ بأن قال: إن لم تقتل نفسك وإلا قتلتك، فلا يجب على المكره شيء، جزم به القاضي الحسين، وهو المشهور، وفي «التهذيب» حكاية قول آخر: أنه يجب عليه القود، وعلى هذا: إذا آل الأمر إلى الدية وجبت.

وفي «الرافعي»: أنا إذا قلنا بعدم إيجاب القصاص: فإن قلنا: المكره - بفتح الراء - لا شيء عليه من الدية، وجب جميع الدية على المكره، وإلا فنصفها. وفيما قاله [نظر][(٧)]؛ لأنا إنما أسقطنا القصاص لانتفاء الإكراه، وإذا انتفى كان قضيته ألا يجب على فاعله[(٨)] شيء أصلاً، كما ذكرناه. ثم إن صح ذلك فقياس

---

(١) زاد في د: على.
(٢) في جـ، د: احلل.
(٣) في د: يتبين.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: الفاعل.

ما حكيناه[١] عن «الوسيط» من أن المكره إذا غرم يرجع [به][٢] على المكره - [بكسر الراء]- ألا[٣] يسقط من الدية في هذه الحالة - شيء، وإن قلنا: إن المكره - [بفتح الراء - مطالب][٤] بالنصف؛ لأنه طريق في ذلك، لا أصل[٥] ، والله أعلم.

ولو كان المكره هو المقتول؛ بأن قال: إن [لم][٦] تقتلني وإلا قتلتك، لا يجب على المكره قصاص على ظاهر المذهب؛ لإذنه[٧] ، وبعضهم قطع به، [و][٨] في وجوب الدية قولان حكاهما القاضي الحسين، وحكى عن الشيخ أبي سهل أنه خرج وجها في وجوب القصاص، وهو جار[٩] فيما لو أمره بقتله فقتله من غير إكراه، والمتولي حكى عن الصعلوكي أنه حكاه - في هذه الصورة - قولاً [عن الشافعي][١٠] .

وفي «الرافعي»: أنا على قول إيجاب المال يكون الواجب نصف الدية، وهذا الذي يظهر من جهة القياس، ولا يخفى أن محل الخلاف بوجوب الدية على القاتل - في هذه المسألة، أو بعضها - مفرع[١١] على القول بوجوبها على المكره؛ كما قدمنا أنه المنصوص، أما إذا قلنا بعدم وجوبها ثم، فهاهنا أولى، ومصور بما إذا أمكن دفع المكره - بكسر الراء - بغير القتل، أما إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل - فقد حكى الأصحاب أن للمكره دفع المكره بالقتل إذا لم يندفع إلا به، وإذا كان كذلك فلا دية عليه؛ كما في الصائل.

فإن قلت: إذا كانت الصورة كما ذكرت فقد انتفى الإكراه؛ لأن المكره هو الذي لا يقدر المكره على دفعه، وإذا كان كذلك فينبغي أن يجب القصاص جزمًا.

قلت: الإكراه الذي فرضناه وتضمن[١٢] الإذن بالقتل، [لو تجرد][١٣] الإذن وحده لجرى الخلاف الذي ذكرناه؛ فلذلك جرى هاهنا.

قال: «وإن أمر من لا يميز» ؛ [أي][١٤] : لصغر، أو جنون، أو عجمة، مثل: أن

---

(١) في جـ: ذكرناه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ، د: أن لا.
(٤) في أ: ألا يسقط.
(٥) في د: أصيل.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ، د: لا دية.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: جاء.
(١٠) في جـ: للشافعي.
(١١) في د: منزع.
(١٢) في أ: يضمن.
(١٣) في أ: لم يجرد.
(١٤) سقط في أ.

يأمر صغيرًا أو مجنونًا أو أعجميًا لا يميز في طاعة آمره بين المحظور والمباح، وسواء في ذلك عبده وعبد غيره والحر[١]، كما صرح به المحاملي وغيره.

قال: «فقتله[٢] - وجب [القود على][٣] الآمر، ولا شيء على المأمور»؛ لأن القاتل لا تمييز له ولا قصد؛ ففعله كفعل البهيمة؛ فهو كالآلة التي يستعملها الآمر، وكالبهيمة التي يسلبها[٤]، وهذا بخلاف ما لو أمر من لا يميز بالسرقة فسرق؛ فإنه لا قطع على الآمر؛ لأن القطع في السرقة لا يجب إلا بالمباشرة؛ بدليل: ما لو أكره إنسانًا على السرقة؛ فإنه لا يجب على واحد منهما القطع، وحكاه القاضي الحسين، بخلاف القود؛ فإنه كما يجب بالمباشرة - يجب بالسبب، ثم إذا أفضى الأمر إلى وجوب المال في مسألتنا وجب على الآمر، دون المأمور، كما ذكره الشيخ.

قال الماوردي هنا: ولو كان المأمور عبدًا للآمر[٥] لا تكون رقبته مرتهنة بالمال، بل يكون كسائر أموال السيد، وحكى في كتاب الرهن في ذلك [وجهين: أحدهما:][٦] يتعلق برقبته عند إعسار السيد، والثاني: لا، وقال: إن ثمرة الخلاف تظهر فيما لو كان مرهونًا. وحكى الوجهين فيما لو كان المأمور حرًّا، وكان الآمر معسرًا، في أن المأمور هل [يطالب][٧]:

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق-: نعم، ويكون دينًا له على الآمر.

والثاني - وهو قول ابن أبي هريرة-: لا، ويكون دينًا لولي القتيل على الآمر، وقد ذكرت طرفًا من ذلك في كتاب الرهن.

والغزالي هاهنا حكى الوجهين في تعلق[٨] المال برقبة العبد من غير تقييد بإعسار السيد، وصحح الرافعي وجه المنع، وحينئذ يجتمع في المسألة ثلاثة أوجه.

قال الإمام: وعلى قول التعليق[٩]: إذا بيع وفضل من الأرش [شيء][١٠] فهو متعلق بذمة السيد دون العبد.

---

(١) في د: الحرج.
(٢) في أ: بقتله.
(٣) في د: عليه.
(٤) في ج: تسلمها، في د: نشلها.
(٥) في أ: عبد الآمر.
(٦) في أ: فيما.
(٧) في ج: مطالب أم لا.
(٨) في أ: تعليق.
(٩) في ج، د: التعلق.
(١٠) سقط في ج.

قال: «وإن أمر السلطان رجلاً[(١)] **بقتل رجل بغير حق، والمأمور لا يعلم - وجب القود على السلطان**»؛ لأنه ألجأه إليه شرعًا بأمره[(٢)] إياه بالقتل؛ لكون طاعته إما مستحبة أو واجبة؛ لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وإذا كان كذلك وجب عليه القود[(٣)]، كالمكره؛ [و][(٤)] لأن السلطان لا يقتل بيده في العادة، بل يأمر به غيره؛ فأشبه ما لو قتله بيده، وهذا معنى قول الشافعي: «وكذلك قتل[(٥)] الأئمة»، ولا يجب على المأمور - والحالة هذه - قود ولا دية ولا كفارة، ولا يأثم[(٦)]؛ لأنه معذور؛ فإن الظاهر أن الإمام إنما يأمر بحق، لكن الأولى له أن يكفر، وهذا بخلاف ما لو أمره متغلب باللصوصية بقتل رجل بغير حق، ولم يعلم به المأمور فقتله فإنه يجب عليه القود؛ كما صرح به الماوردي، والقاضي أبو الطيب؛ لأن الظاهر أنه لا يأمر بحق.

وحكم أمر إمام أهل البغي حكم أمر إمام أهل العدل فيما ذكرناه، صرح به[(٧)] أبو الطيب وغيره.

قال: «وإن[(٨)] **علم، وجب القود على المأمور**»؛ لأنه لا تجوز طاعته في معصية الله تعالى؛ قال ﷺ: «مَنْ أَمَرَكُمْ مِنَ الْوُلاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ فَلا تُطِيعُوهُ»[(٩)] كذا رواه الشافعي، [وروى البخاري ومسلم وغيرهما، عن علي - كرم الله وجهه- أن النبي ﷺ قال: «لَا طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ»[(١٠)] ورويا وغيرهما عن عبد الله - وهو ابن عمر - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ»[(١١)]][(١٢)]، وعن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه

---

(١) في د: رجالا.
(٢) في د: فأمره.
(٣) في ج: كالقود.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: قيد.
(٦) في ج، د: مأثم.
(٧) زاد في ج: القاضي.
(٨) في د: فإن.
(٩) أخرجه الشافعي معلقا في الأم (١/ ١٥٨)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٢/ ٤٠٦).
(١٠) أخرجه البخاري (١٣/ ٢٣٣) كتاب أخبار الآحاد، باب: ما جاء في إجازة خبر الواحد (٧٢٥٧)، ومسلم (٣/ ١٤٦٩) كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء (٣٩/ ١٨٤٠).
(١١) أخرجه البخاري (١٣/ ١٥٢) كتاب الأحكام، باب: السمع والطاعة (٧١٤٤)، ومسلم (٣/ ١٤٦٩) كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء (٣٨/ ١٨٣٩).
(١٢) سقط في ج.

قال: «أَطِيعُونِي مَا أَطَعْتُ اللهَ تَعَالَى، فَإِذَا عَصَيتُ فَلَا طَاعَةَ لِي عَلَيكُمْ»[(١)] .

وإذا كان الأمر كذلك صار كما لو قتله بغير أمره، ولا[(٢)] يجب على السلطان شيء، وإن كان آثمًا[(٣)] ؛ لإذنه[(٤)] في المعصية.

وحكى الماوردي عن بعض أصحابنا: أنه صار إلى وجوب القود عليه وعلى المأمور، [ويوافقه قول الشافعي: «وليس على الجلاد شيء».

هذا إذا لم يعلم أن الإمام ظالم، فأما إذا أخبره الإمام بأنه ظالم ضمن[(٥)] هو والإمام معًا.

قال القاضي الحسين ثم: فمن الأصحاب من قال: صورة ذلك إذا كان غير[(٦)] مكره؛ لأنه متعد بأمره بقتله ظلمًا؛ وكذلك الجلاد؛ فكان النصف عليه؛ لأن الجرائم لا تحل له بأمر السلطان][(٧)] . وقال المراوزة: أمر السلطان هل ينزل منزلة الإكراه؟ فيه وجهان.

وادعى القاضي الحسين في «التعليق» أن المنصوص عليه منهما أنه إكراه، وقضية هذه العبارة: أن يكون في وجوب القود على المكره - بفتح الراء - إذا فرعنا على المنصوص، قولان، وقد صرح بهما في «التهذيب»، وكذلك القاضي الحسين؛ حيث [حكى أن الشافعي][(٨)] قال: «لو أمر السلطان الجلاد حتى قتل واحدًا، وعند الجلاد أنه يقتله ظلمًا - لا شيء عليه»، و[أن][(٩)] من أصحابنا من قال: إنه أجاب بذلك على قوله: إنَّ أَمْرَ السلطان إكراه، وأن المكره لا قود عليه، و[أن][(١٠)] منهم من قال: إن هذا الجواب صحيح، وإن قلنا: إنه ليس بإكراه؛ لأن الجلاد لا يقطع بكون السلطان مبطلاً في قتله، ولا بد[(١١)] أن يخطر بباله أنه محق، وقد يرى كونه مبطلاً فيما هو محق فيه؛ امتحانًا لخدمه وحشمه[(١٢)] ، وهل يطيعونه أم لا؛ فانتصب ذلك شبهة في سقوط القصاص، حكى ذلك في موضعين من «التعليق»:

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١١/ ٣٣٦) برقم (٢٠٧٠٢).

(٢) في د: فلا.

(٣) في د: أثما.

(٤) في أ: لا دية.

(٥) في أ: لم يضم.

(٦) في د: غيره.

(٧) سقط في جـ.

(٨) سقط في جـ.

(٩) سقط في جـ.

(١٠) سقط في جـ.

(١١) زاد في جـ، د: و.

(١٢) في د: وخشية.

أحدهما: في باب قتل العمد.

والثاني: قبيل[1] باب: الحكم في الساحر.

وحكى المحاملي عن النص في «الأم» أن المأمور بالقتل لو كان يعلم أن الإمام أمر بقتله ظلمًا، كان عليهما القود، وأن من الأصحاب[2] من قال: أراد بذلك إذا أكرهه[3]، وأجاب عن[4] أحد القولين في المكره، وليس بصحيح؛ فإن الشافعي ذكر مسألة القولين في المكره، وذكر هذه المسألة مفردة عنها؛ فثبت أنها غيرها، وتأول أبو إسحاق المروزي وغيره ذلك تأويلاً حسنًا؛ فقال: أراد بذلك ما إذا أمر بقتل المسلم بالكافر، أو الحر بالعبد، واعتقد المأمور أن الإمام رأى في ذلك رأي بعض العلماء - فالقود عليهما: أماالمأمور؛ فلأنه قتل من لا يجوز قتله في زعمه، وأما الإمام؛ فلأن المأمور لما اعتقد أنه يرجع إلى تأويل صار مكرهًا من حيث الشرع، وإذا صار مكرهًا صار الإمام مكرهًا؛ فلزمه القود، وقد عكس الرافعي الحكاية عن أبي إسحاق، ونسب إليه الأول، ونسب الثاني إلى رواية أبي عليّ الطبري، وإذا تأملت ما ذكرناه ظهر لك في المسألة أوجه:

أحدها - وهو المشهور-: أن القصاص على المأمور، دون الآمر.

الثاني: أنه عليهما.

الثالث: أنه على الآمر، دون المأمور.

الرابع: [أنه][5] لا قود على واحد منهما: أما السلطان؛ فلكونه[6] غير مكره، وأما المأمور؛ فلكونه معذورًا، وقد تعرض الإمام لتصوير محل الخلاف؛ فقال: إن كان الإمام بحيث لو لم يمتثل[7] أمره لظهر الخوف في إهلاك مخالفه، فهذا إكراه في الحقيقة وإن لم يظهر ذلك[8] في الظن؛ فلست أرى للخلاف في الأمر يكون إكراهًا وجهًا أصلاً، إلا من جهة واحدة، وهي: أنه إن[9] كان يظن به أنه يسطو بمن[10] خالفه؛ فاعتقد ذلك منه، ولا يبلغ توقع[11] ذلك مبلغ توقع الخوف، لو

---

(١) في أ: قبل.
(٢) في د: أصحابنا.
(٣) في د: كرهه.
(٤) في أ: على.
(٥) سقط في د، جـ.
(٦) في أ: فلأنه.
(٧) في جـ، د: يتمثل.
(٨) في د: أول.
(٩) في جـ: إذا.
(١٠) في جـ: على من.
(١١) في جـ: بوقوع.

صرح بالتوعد؛ فليقع تنزيل الخلاف على هذا.

فرع: لو كان الجلاد يعتقد أن الحر لا يقتل بالعبد، والإمام يعتقد جوازه؛ فأمره الإمام بقتله، ولم يكرهه - فهل يجب عليه القصاص؟ فيه وجهان حكاهما الإمام عن العراقيين في باب: حد الخمر، [وهما في «الحاوي»](١)، والمذكور منهما في «الشامل» و«تعليق» القاضي أبي الطيب ثم: الوجوب، [والذي حكاه القاضي الحسين في كتاب الحدود: أنه لا ضمان على الجلاد؛ لأن الشافعي قال في القسامة: لو قال: اقتل، فقتل - [وجب](٢) القود على الإمام، وعلى المأمور التعزير، وهذا ما حكاه الماوردي في باب: الشهادة بالجناية، أما إذا أكره الإمام الجلاد، قال الماوردي: فلا ضمان على واحد منهما](٣) .

ثم حكى الإمام عنهم فيما لو كان [الإمام لا يرى قتل الحر بالعبد، والجلاد يراه، فأمره بقتله من غير فحص عن الحال، ولو كان](٤) قد فحص لم يأمره به - فعلى القول بعدم الوجوب في الصورة الأولى يجب هاهنا، وعلى القول بالوجوب فيها لا يجب هنا؛ تعويلاً على عقده، وقد وجد الأمر من الإمام على الجملة، وضعفه، [وفي «الحاوي»: أنه لا ضمان على الجلاد، سواء كان مكرهًا أو غير مكره؛ لأنه استوفى بإذن مطاع ما يراه مسوغًا في الاجتهاد، فأما الإمام - فإن لم يكره الجلاد - فلا ضمان عليه، وإن أكرهه، وهو عالم بالحال ضمن؛ لأنه ألجأه إلى ما لا يسوغ في اجتهاده](٥) .

قال: «وإن أمسك رجلاً حتى قتله آخر وجب القود على القاتل»؛ لما تقدم من الأدلة، ولا يجب على الممسك؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]؛ فلو وجب عليه القصاص لكنا [قد](٦) فعلنا به غير ما فعل(٧)؛ ولقوله - عليه السلام-: «إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ، حَتَّى جَاءَ آخَرُ وَقَتَلَهُ(٨) - يُحْبَسُ المُمْسِكُ، وَيُقْتَلُ القَاتِلُ»(٩) ، خرجه الدارقطني. وروى أبو عبيد

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: يفعل.
(٨) في أ: ويقتله.
(٩) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٠) كتاب الحدود والديات وغيره، برقم (١٧٦)، والبيهقي (٨/ ٥٠) =

في كتابه بإسناده أن رسول الله ﷺ قال: «يُقْتَلُ الْقَاتِلُ، وَيُصْبَرُ الصَّابِرُ»[(١)] ومعناه: [و][(٢)] يحبس الحابس؛ للتأديب؛ ولأن هذا السبب غير ملجئ، وقد اجتمع مع المباشرة؛ فلم يتعلق به القصاص؛ كما لو حفر بئرًا، فدفع[(٣)] رجل فيها رجلاً - فإن القصاص يجب على الدافع، دون الحافر؛ ولأنه لا يضمن خطأ بالدية؛ فلا يضمن عمدًا بالقود؛ كما لو ضربه بما لا يقتل [غالبًا][(٤)]، وكما لا يجب القصاص لا تجب الدية والكفارة. نعم، لو كان المقتول عبدًا فلمالكه مطالبة الممسك - أيضًا - والقرار على القاتل.

قال: «**وإن شهد على رجل**»، أي: بقتل، أو ردة، أو زنى بعد إحصان، مع غيره - **فقتل**[(٥)] **بشهادته، ثم رجع**، أي: ونقص برجوعه نصاب الشهادة، **وقال: «تعمدت ذلك»**؛ أي: تعمدت الشهادة؛ ليقتل بها، [وكذلك من شهد معي تعمد ذلك][(٦)] - «**وجب عليه القود**»؛ لما روي: «أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ؛ فَقَطَعَ يَدَهُ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا؛ فَقَالَ: لَو أَعْلَمُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا. وَغَرَّمَهُمَا دِيَةَ يَدِهِ»[(٧)]، ولأنه توصل إلى قتله بسبب يقتل غالبًا؛ فوجب عليه القود؛ كما لو جرحه فمات.

= جماع أبواب صفة قتل العمد وشبه العمد، باب: الرجل يحبس الرجل للآخر فيقتله، كلاهما من طريق إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله ﷺ.... فذكره.

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٠) كتاب الحدود والديات وغيره، برقم (١٧٥) من حديث إسماعيل بن أمية مرسلا، وذكره أبو عبيد بن سلام في غريب الحديث (١/ ٢٥٤) بلفظ: «اقتلوا القاتل واصبروا الصابر».
قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٣٦٣): وقال الدارقطني والإرسال في هذا الحديث أكثر وتبعه عبد الحق وتعقبهما ابن القطان فقال أوهما بهذا القول ضعف الخبر وهو عندي صحيح؛ فإن إسماعيل بن أمية من الثقات فلا يعد رفعه مرةً وإرساله أخرى اضطرابًا؛ إذ يجوز للحافظ أن يرسل الحديث عند المذاكرة فإذا أراد التحميل أسنده، وإنما يعد هذا اضطرابًا بمن لم نثق بحفظه، والثوري أحد الأئمة، وقد وصله غيره كما ذكر.

(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: ودفع.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: يقتل.
(٦) سقط في ج.
(٧) أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم (١٢/ ٢٨٠) كتاب الديات، باب: إذا أصاب قوم من رجل قبل حديث (٦٨٩٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٥١) جماع أبواب من تجوز شهادته ومن لا تجوز، باب: الرجوع عن الشهادة.

قلت: ويظهر مجيء وجه آخر: أنه لا قود عليه إذا لم يرجع من شهد معه؛ لأن الأصحاب قالوا: فيما إذا شهد أربعة بالزنى فرجم، ثم رجعوا، وقال أحدهم: تعمدت قتله بالشهادة، وتعمد أصحابي؛ فقالوا: بل أخطأنا - مع وجوب القود عليه - وجهان:

وجه المنع: أن أصحابه أعرف بأنفسهم منه؛ فهو شريك خاطئ، وهذا الوجه الذي أردت مجيئه(١) في مسألة الكتاب؛ لأن رفقته يزعمون أنهم على حق، فهو أولى من اعترافهم بالخطأ، وقد حكوا في مسألة الزنى أن الراجع لو قال: تعمدت، ولا أدري حال أصحابي، وقالوا هم: تعمدنا - ففي وجوب القود عليه- وجهين حكاهما القاضي الحسين في كتاب حد الزنى، والمنقول [في «المختصر» في كتاب حد الزنى](٢) في مسألة الكتاب ما ذكره الشيخ، وعليه اقتصر في «الكافي»، والقاضي الحسين وأبو الطيب [والبندنيجي](٣).

وهكذا(٤) الحكم فيما لو شهد على رجل مع غيره بما يوجب القطع، فقطع، ثم رجع - فعليه القطع، وإن سرى إلى النفس فالقصاص فيها. ولا فرق في ذلك على المذهب - كما حكاه المتولي، [وكذا صاحب «الكافي» في باب حد الزنى، والقاضي الحسين والبغوي في باب الرجوع عن(٥) الشهادة](٦) - بين ألا يرجع سوى الشاهد، أو يرجع(٧) معه الحاكم والولي ويقولا: تعمدنا.

وفي هذه الصورة وجه حكاه أبو يعقوب الأبيوردي: أن القصاص يجب على الولي خاصة، وبه جزم في «الوسيط» [هنا](٨)؛ لأن الشهود في هذه الحالة لم يلجئوه حسًّا ولا شرعًا؛ فصار قولهم شرطًا محضًا كالإمساك، وعلى هذا: الدية -أيضًا- على الولي، [وعلى الأول: على](٩) الجميع، [قال في «الكافي»: على الشهود ثلثها، [وعلى القاضي ثلثها](١٠)، وعلى الولي ثلثها(١١).

وقد حكى الإمام وغيره الوجهين - أيضًا - في باب الرجوع عن الشهادة،

---

(١) في د: تجده.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ، د: وهذا.
(٥) في د: من.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: رجع.
(٨) سقط في ج.
(٩) في أ: في.
(١٠) سقط في د.
(١١) في د: مثلها.

وكذلك الغزالي، [و][1] رجح الإمام الثاني][2]، أما إذا لم ينقص برجوعه نصاب الشهادة فسيأتي الكلام فيه في كتاب الشهادات؛ لأن الشيخ تكلم فيه [ثم، وسيعيد ذكر المسألة ثم مع زيادة فيها، إن شاء الله تعالى][3].

فرعان:

أحدهما: المزكِّي لشاهد القتل[4] إذا رجع، وقال: تعمدت التزكية مع علمي بالفسق؛ ليقتل المشهود عليه - فهل عليه القصاص؟ فيه وجهان في «التتمة»، [وفي «الكافي» في باب: حد الزنى، وصحح المنع؛ لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما أثبت صفة في الشاهد، لكنه حكى عن القفال أنه قال: محل الوجهين فيما إذا قال: كنت علمت كذب الشهود[5]، أما إذا قال: كانوا فاسقين فعدلتهم، فلا شيء عليه؛ لاحتمال أن يكونوا صادقين، فإن كانوا فاسقين][6] [ففي «الرافعي» في باب الرجوع عن الشهادة، بعد حكاية مثل ذلك عن البغوي: أن الأوفق لكلام أكثرهم الوجوب عليه، وهو الذي أورده أبو الحسن العبادي][7].

قال مجلي: ويحتمل وجهًا ثالثًا، وهو التفرقة بين أن تكون التزكية وجدت قبل الشهادة فلا ضمان، أو [بعدها فعليه الضمان][8]، كما قلنا في مزكي شهود الزنى، [وهذان الوجهان في «النهاية» وغيرها، في باب الرجوع عن الشهادة، مفرعان على أحد الوجهين في وجوب الغرم، أما إذا قلنا: لا يجب الغرم، فلا قصاص قولاً واحدًا، وحينئذ يجتمع في المسألة - بقول مجلي - أربعة أوجه][9].

الثاني: إذا أشكلت الحادثة على الحاكم، وكان متوقفًا، فروى إنسان خبرًا عن النبي ﷺ وقتل الحاكم به الرجل[10]، ثم رجع الراوي، وقال: كذبت وتعمدت ففي فتاوى صاحب «التهذيب»: أنه ينبغي أن يجب القصاص؛ كالشاهد إذا رجع.

قال الرافعي: والذي ذكره الإمام والقفال في «الفتاوى»: أنه لا يتعلق به القصاص، بخلاف الشهادة؛ فإنها تتعلق بالواقعة، والخبر لا يتعلق بها خاصة.

قال: وإن أكره رجلاً على أكل سم، [أي:][11] والآكل لا يعلم أنه سم، أو

---

(١) سقط في د.
(٢) من أول: قال في الكافي إلى هنا سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: القتيل.
(٥) في أ، ج: الشهادة.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج، د.
(٨) في أ: بعدها فيجب.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ج: الراوي.
(١١) سقط في ج.

فتح فاه وأوجره فيه، كما صوره العراقيون والمراوزة.

قال: «فمات [منه][(١)] - **وجب عليه القود**»؛ لأنه قصده بآلة تقتل[(٢)] غالبًا؛ فكان كما لو ضربه بالسيف.

قال: «وإن قال: لم أعلم أنه سم قاتل»، أي: وكذبه الولي، «ففيه قولان»: وجه الوجوب، وهو الأظهر عند القاضي الروياني والنووي: القياس على ما [لو][(٣)] جرحه، وقال: لم أعلم أنه يموت [من هذه][(٤)] الجراحة.

ووجه المنع - وهو الأصح في «الجيلي»-: أنه مما يشتبه ويخفى؛ فجعل شبهة، بخلاف[(٥)] الجراحة، وعلى هذا تجب الدية، أما إذا لم يوجره السم القاتل، ولكن أكرهه عليه حتى أكله بنفسه، وهو عالم بأنه سم قاتل - ففي «النهاية» و«تعليق» القاضي الحسين و«التتمة»: الجزم بأنه لا قصاص؛ كما لو أكرهه على قتل نفسه، وهذا منهم؛ بناء على أنه لا قصاص إذا أكرهه على قتل نفسه، كما قلنا: إنه المشهور، وقد حكينا من قبل قولاً: أنه يجب عليه القصاص، ومقتضاه: أنه يجيء هاهنا[(٦)] أيضًا، وقد حكاه الداركي وغيره، وصححه في «العدة».

فرع: لو كان السم لا يقتل غالبًا إلا الضعيف، [وفي][(٧)] فصل - اعتبر فيما ذكرناه ضعف المكره، ووجود ذلك الفصل، وإذا لم يوجد ذلك فلا قصاص على الظاهر المشهور، وفي كتاب ابن كج و«تعليق» القاضي الحسين قول: أن السم وإن كان مما [لا][(٨)] يقتل غالبًا، ومات الموجر[(٩)] به: أنه يجب القصاص؛ لأن السموم لها نكايات في الباطن كالجراحات؛ فالموت به [كالجراحة الخفية][(١٠)] التي لا تقتل غالبًا. وهذا شبيه بما[(١١)] حكاه الشيخ، فيما إذا ألسعه[(١٢)] حية أو عقربًا لا يقتل مثلها غالبًا، وعلى ذلك جرى الإمام فجعله كغرز الإبرة، كما جعل مسألة إنهاش الحية التي لا تقتل غالبًا كغرز الإبرة، والفرق - على المشهور - ما

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) في جـ: القتل.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ، د: بهذه.
(٥) في أ: خلاف.
(٦) في أ: هنا.
(٧) في أ: في.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: المسموم.
(١٠) في أ: كالجراحات الخفية.
(١١) في أ: مما.
(١٢) في د: لسعه.

ذكرناه من علة قول الوجوب ثم، وهو أن نهشة ذلك تشق[١] الجلد؛ فكانت شبيهة بالجراحة، وذلك مفقود[٢] هنا.

ثم على المشهور لو ادعى المكره [أن السم لا يقتل غالبًا، وقال الولي بل هو مما يقتل، ولا بينة - فالقول قول][٣] المكره، فإن كان ثم بينة عمل بها، وأثرها في جانب المكره إذا أقامها: سقوط اليمين عنه.

قال: «وإن خلط السم بطعام»؛ أي: له [أو][٤] لغيره، «وأطعم رجلاً»، أي: له تمييز، «أو خلطه بطعام لرجل»، أي: والطعام لا يكسر حدة السم، «فأكله فمات [منه][٥] - **ففيه قولان**».

وجه المنع - وهو الذي قال الإمام: إنه الأقيس، وصححه النووي في المسألتين - أنه فعل ما هلك به باختياره، من غير إلجاء حسي ولا شرعي.

ووجه الوجوب - وهو الراجح عند الروياني وغيره في الأولى، واختاره في «المرشد» - ما روى أبو داود في حديث طويل عن أبي سلمة - وهو ابن عبد الرحمن بن عوف - أن رسول الله ﷺ: «أَهْدَتْ لَهُ يَهُودِيَّةٌ بِخَيْبَرَ شَاةً مَصْلِيَّةً، وَقَدْ سَمَّتْهَا، فَأَكَلَ مِنْهَا وَأَكَلَ رَهْطٌ مِنْ أَصْحَابِهِ؛ فَمَاتَ بِشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ؛ فَأَرْسَلَ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ: مَا حَمَلَكِ عَلَى الَّذِي[٦] صَنَعْتِ؟ قَالَتْ: قُلْتُ[٧]: إِنْ كَانَ نَبِيًّا فَلَنْ[٨] يَضُرَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَبِيًّا اسْتَرَحْنَا [مِنْهُ][٩]؛ فَأَمَرَ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ فَقُتِلَتْ»[١٠]، ولأنه تغرير يفضي إلى الهلاك غالبًا فأشبه الإكراه.

فإن قيل: هذا الخبر قال أهل الحديث: إنه مرسل، والشافعي لا يرى الاحتجاج به، وعلى تقدير اتصاله - كما خرجه البيهقي عن حماد بن سلمة، عن محمد بن عمرو، عن أبي هريرة[١١] ، فقد روى أبو داود، عن أنس بن مالك، أنه قيل

---

(١) في د: كشف.
(٢) زاد في ج، د: مفقود.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: ما.
(٧) في أ: فقلت.
(٨) في ج: لم، وفي أ: فلا.
(٩) سقط في ج.
(١٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٨١) كتاب الديات، باب: فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه؟، برقم (٤٥١١).
(١١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٤٦) جماع أبواب صفة قتل العمد وشبه العمد، باب: من سقى رجلا سما.

لرسول الله ﷺ: أَلَا تَقْتُلُهَا؟ فَقَالَ: «لَا»[١]، وأخرجه مسلم والبخاري. وروى أبو داود، عن أبي هريرة الحديث، وفيه: [قال][٢]: «فَمَا عَرَضَ[٣] لَهَا النَّبِيُّ ﷺ»[٤]، وهذا يعارض لما استدل به، فجوابه ما ذكره البيهقي: أنه يحتمل أنه لم يقتلها في الابتداء، ثم لما مات بشر بن البراء أمر بقتلها.

وقد حكى البندنيجي والمتولي وغيرهما من الطريقين: أنه[٥] لا قود عليه في المسألة الثانية وإن وجب في الأولى. ثم القولان في الأولى يجريان فيما إذا قال[٦] [له][٧]: كله[٨]، وفيه شيء من السم لكنه لا يضر؛ كما حكاه في «التهذيب»، وفيما إذا حفر بئرًا في ممر داره وغطاها، وأذن لإنسان بالدخول؛ فدخل ووقع في البئر، كما حكاه في «الوجيز»، وابن الصباغ عن بعض الأصحاب، وأن[٩] منهم من قطع بعدم الوجوب؛ لأنه[١٠] يمكنه التوصل إلى معرفة البئر، بخلاف السم، وكذا يجريان - كما حكاه القاضي الحسين - فيما إذا حفر بئرًا في طريق أعمى؛ فتردى فيها، والقولان في الصورة الثانية يجريان فيما إذا جعل السم في دَنٍّ ما على الطريق؛ فشرب منه إنسان فمات، كما حكاه المتولي والبغوي.

قال الرافعي: وليكن الفرض فيما إذا كان طريق شخص معين، إما[١١] مطلقًا أو في ذلك الوقت، وإلا فلا تتحقق العمدية. وقد ادعى العراقيون القطع بامتناع القصاص فيما إذا خلط السم بطعام نفسه، وتركه في بيته، فدخل إنسان، وأكله[١٢] من غير إذن.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٥٥٠) كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: قبول الهدية من المشركين، برقم (٢٦١٧)، ومسلم (٤/ ١٧٢١) كتاب السلام، باب: السم، برقم (٤٥/ ٢١٩٠)، وأبو داود (٢/ ٥٨٠) كتاب الديات، باب فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه؟، برقم (٤٥٠٨).

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج، د: فأعرض لها.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٨٠) كتاب الديات، باب: فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه؟، برقم (٤٥٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٤٦) جماع أبواب صفة قتل العمد وشبه العمد، باب: من سقى رجلا سما، أن امرأة من اليهود أهدت إلى النبي ﷺ شاة مسمومة قال: فما عرض لها النبي ﷺ.
قال أبو داود: هذه أخت مرحب اليهودية التي سمت النبي ﷺ.

(٥) في أ: لأنه.

(٦) في د: قالت.

(٧) سقط في ج.

(٨) في أ: كل.

(٩) في أ: فإن.

(١٠) في ج، د: وإن.

(١١) في ج، د: لنا.

(١٢) في د: فأكله.

وحكى الإمام طريقين فيما إذا كان [الآكل](١) ممن جرت عادته بدخول دار(٢) الفاعل والأكل فيها انبساطًا:

أحدهما: ما ذكره العراقيون.

والثاني: طرد القولين في وجوب القصاص.

ولو كان قد صنع السم في طعام، وقدمه إليه في جملة أطعمة، وكان من الممكن ألا يتعاطى(٣) المسموم، ويكتفي بغيره - فإذا تعاطاه، قال الإمام في باب وضع الحجر: إن أمر الضمان يترتب على ما [إذا](٤) قدم إليه طعامًا مسمومًا متحدًا، وهنا أولى بانتفاء الضمان، وإذا قلنا بعدم وجوب القصاص في مسألتي الكتاب، فهل تجب الدية؟

قيل: نعم.

وقيل: قولان حكاهما في الأولى القاضي في «المجرد»، وفي الثانية غيره.

وقيل: في الأولى قولان، وفي الثانية: لا تجب. وبهذا الطريق أجاب الماوردي [في موضع](٥)، وفرق بأنه [إذا أكل](٦) بالإطعام فقد أكل [بأمره؛ فصار بالأمر ضامنًا، وإذا أكل](٧) طعام نفسه فهو بغير أمره فلم يضمنه.

وفي «الشامل»: أن الشيخ أبا حامد قال: في الأولى تجب، وفي الثانية قولان، وهذه طريقة القاضي الحسين في «تعليقه»، ولا خلاف في وجوب قيمة ما خلط به السم من طعام الغير؛ لأنه أفسده(٨) عليه.

تنبيه: قول الشيخ: وأطعم(٩) رجلاً، فيه احتراز عما لو أطعمه صبيًّا لا تمييز له؛ فإنه يجب عليه القود في الأولى جزمًا؛ كما لو قال له: اقتل نفسك، ففعل، وهكذا الحكم [فيما](١٠) لو كان الرجل في معنى الصغير؛ لجنون أو عجمة، واعتقد وجوب طاعة الآمر، وهذا بخلاف ما لو أمر الأعجمي بقتل نفسه فقتلها؛ فإنه لا يجب القود جزمًا؛ لأن(١١) كل أحد لا يخفى عليه أن قتل نفسه لا يجوز،

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ، د: ذكر.
(٣) زاد في جـ: ذلك.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: أفسد.
(٩) في جـ، د: فأطعمه.
(١٠) سقط في جـ، د.
(١١) في أ: أنه.

وإن جاز أن يخفى عليه جواز قتل غيره، وأن السم يقتل إذا أكله.

قال: «وإن قتل رجلاً بسحر يقتل غالبًا وجب[(١)] **عليه القود**»؛ لأنه قتله بسبب يقتل غالبًا؛ فكان كما لو قتله بسكين، وإن لم يقتل غالبًا [فلا قود فيه، وسيأتي][(٢)] حكمه في الكتاب، ولا يعرف كونه يقتل غالبًا [أوْ لا إلا من جهة][(٣)] الجاني، وقد أنكر بعض أصحابنا، وهو أبو جعفر المقرئ الأستراباذي؛ كما حكاه ابن الصباغ والمصنف، أو أبو جعفر الترمذي، كما حكاه الإمام عن رواية[(٤)] العراقيين عنه - أن للسحر[(٥)] حقيقة، وقال: إنه تخييل [لا حقيقة له و][(٦)] لا أصل له، [ولا][(٧)] يناط به قصاص ولا غرم.

وقال الشاشي: إن الأستراباذي [الذي][(٨)] قال هذا القول[(٩)]، هو من أهل الظاهر.

وعلى كل حال فهذا ليس بشيء؛ لأن[(١٠)] الله - تعالى - أمر بالاستعاذة منه؛ بقوله: ﴿وَمِن شَرِّ ٱلنَّفَّٰثَٰتِ فِى ٱلْعُقَدِ﴾ [الفلق: ٤]، وقال[(١١)] تعالى: [﴿يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ﴾][(١٢)] إلى قوله: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ﴾ [البقرة: ١٠٢] وفي بعض الألفاظ أنه - عليه السلام - قال: «السحر حق»[(١٣)].

وقد روى الشافعي بسنده عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «مَكَثَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَيَّامًا يُخَيَّلُ إِلَيهِ أَنَّهُ يَأْتِي النِّسَاءَ، وَلَا يَأْتِيهِنَّ، فَاسْتَيقَظَ ذَاتَ لَيلَةٍ، وَقَالَ: يَا عَائِشَةُ، قَدْ أَفْتَانِي رَبِّي فِيمَا اسْتَفْتَيتُهُ، أَتَانِي رَجُلَانِ [فِي المَنَامِ][(١٤)]؛ فَجَلَسَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ رِجْلَيَّ، وَالآخَرُ عِنْدَ رَأْسِي، فَقَالَ الذِي عِنْدَ رِجْلِي لِلَّذِي عِنْدَ رَأْسِي: مَا بَالُ الرَّجُلِ؟ فَقَالَ: مَطْبُوبٌ؛ فَقَالَ: مَنْ طَبَّهُ؟ فَقَالَ: لَبِيدُ بْنُ أَعْصَمَ اليَهُودِيُّ، قَالَ: فِيمَ؟ قَالَ: فِي جُفِّ طَلْعَةٍ ذَكَرٍ، فِي مُشْطٍ وَمُشَاطَةٍ، تَحْتَ رَاعُوثَةِ بِئْرِ ذَرْوَانَ، قَالَ: فَأَتَيتُ البِئْرَ، فَإِذَا مَاؤُهَا كَنَقْعِ الحِنَّاءِ، فَنَزَلَ عَلِيٌّ فَأَخْرَجَهُ، فَلَمَّا حُلَّ

---

(١) في د: ويجب.
(٢) في ج: فسيأتي.
(٣) في أ: وغيره إلا بقول.
(٤) في أ: حكاية.
(٥) في ج، د: السحر.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ج، د.
(٩) زاد في أ: و.
(١٠) في د: فإن.
(١١) في ج: وقوله.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) ينظر: البحر الرائق (٦/ ١٤٨).
(١٤) سقط في د.

شَفَانِي اللهُ تَعَالَى مِنْ ذَلِكَ»(١)، وروي: «كَأَنَّمَا(٢) أُنْشِطْتُ مِنْ عِقَالٍ».

و[قوله](٣): مطبوب: أي مسحور، ذكره أبو عبيد في «الغريب».

وجف الطلعة: وعاؤها، وراعوثة البئر: صخرة في أسفل [البئر](٤) يجلس عليها المستقي.

ثم السحر قد يكون قولاً كالرقية، وقد يكون فعلاً كالتدخين(٥)، وقد اختلف العلماء في جواز [تعلم السحر:

فذهب قوم إلى أن](٦) تعلمه وتعليمه كفر، وقد عزا ابن الصباغ ذلك إلى الإمام [مالك](٧) - رضي الله عنه - ونحن لا نقول به(٨)، إلا إذا اعتقد الساحر كونه حقًّا، أو يرى لنفسه قدرة على تقليب(٩) الأعيان؛ فيكفر باعتقاده كما قال(١٠) القاضي الحسين والماوردي، أو يعتقد فيه ما اعتقده أهل بابل من التقرب إلى الكواكب السبعة، وأنها تفعل ما يلتمس منها(١١)؛ كما حكاه ابن الصباغ.

وذهب قوم إلى أنه حرام، وهو ما حكاه أصحابنا العراقيون كابن الصباغ وغيره، وتابعهم المتولي والماوردي، وهكذا القاضي الحسين عند تعلمه ليسحر به، وادعى البندنيجي أن شخصًا لو اعتقد إباحته كان كافرًا؛ لأنه اعتقد إباحة ما أجمع المسلمون على تحريمه، وذهب قوم إلى أنه مكروه إذا خلا عن فعل أو قول محرم، وبه قال بعض أصحابنا؛ كما حكاه الإمام.

وذهب قوم إلى(١٢) نفي الكراهة فيه كما لا يكره تعلم مذاهب الكفر؛ للرد عليهم، وبهذا قال بعض أصحابنا؛ كما حكاه الإمام أيضًا، وبه جزم القاضي الحسين، والغزالي في «الوسيط»(١٣).

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده ص (٣٨٢)، والبخاري (١١/ ٣٩٧) كتاب الطب، باب: هل يستخرج السحر؟، برقم (٥٧٦٥)، ومسلم (٤/ ١٧١٩، ١٧٢٠) كتاب السلام، باب: السحر، برقم (٤٣/ ٢١٨٩).

(٢) في ج: كما.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) في ج: كالعدمين.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ج.

(٨) في ج: بذلك.

(٩) في أ: تغليب.

(١٠) في ج، د: قاله.

(١١) في د: منهما.

(١٢) زاد في أ: أن.

(١٣) قوله: وذهب قوم إلى نفي الكراهة في تعلم السحر؛ كما لا يكره تعلم مذاهب الكفر للرد =

قال: «وإن قطع آجنبي سلعة من رجل بغير إذنه، فمات - وجب عليه القود»؛ لأنه متعد بالقطع، فأشبه ما لو قطع يده أو رجله؛ فمات.

والسلعة - بكسر السين - قال أهل اللغة: هو خُراج - بتخفيف الراء - كهيئة الغدة، وقال ابن الصباغ: إنها غدد تكون بين الجلد واللحم؛ فتظهر كحمصة وكبطيخة - كما قال الجوهري - يعني: وما بينهما[(١)] ، وقد تكون في رأس الإنسان أو في وجهه أو في جسده.

وأما السلعة - بالفتح-: فهي الشجة، وليست مرادة[(٢)] هنا.

وذكر الرجل في هذا المقام؛ للتنبيه على أن سكوته[(٣)] ، عند القطع لا يجعل رضًا بالقطع وإذنًا فيه، لا لأن الحكم في الصغير مخالف له، [أما][(٤)] إذا قطعها بإذنه فينظر:

إن كان لا يخاف من قطعها التلف لم يجب على القاطع[(٥)] الضمان؛ لأن [الإذن][(٦)] في قطعها - في هذه الحالة - لأجل زوال الشين؛ فكان كإذنه في الفصاد والحجامة.

وإن كان يخاف من قطعها التلف فينظر: فإن كان بقاؤها مخوفًا أيضًا، لكن خوف البقاء أغلب على الظن وأكثر - فالقطع أيضًا جائز، إلا على وجه حكاه

=

عليهم، وبهذا قال بعض أصحابنا، كما حكاه الإمام أيضًا، وبه جزم القاضي الحسين والغزالي في الوسيط. انتهى كلامه.

وفيما نقله - رحمه الله - عن وسيط الغزالي أمران:

أحدهما: أنه لم يتعرض للكراهة بالكلية حتى يقال: إنه نفاها، وإنما صرح بالجواز فقط، فإنه ذكر ذلك في كتاب دعوى الدم والقسامة، فقال: فإن قيل: تعلم السحر حرام أم لا؟ قلنا: إن كان فيه مباشرة محظور من ذكر سخف، أو ترك صلاة فذلك هو الحرام، فأما تعرف حقائق الأشياء على ما هي عليه فليس حرامًا، وإنما الحرام الإصرار بفعل السحر، لا تعلمه. هذا لفظه.

واعلم أن الغزالي أشار بقوله: «فذلك» إلى مباشرة المحظور، ولا يمكن عوده إلى السحر المشتمل عليه؛ لأن تعلمه إياه ليس فيه مباشرة لذلك المحظور، وإنما المباشرة تكون بفعله، فدخل في قول الغزالي: تعلم حقائق الأشياء؛ فلا يحرم عنده.

الأمر الثاني: أن الغزالي قد جزم بتحريم تعلم السحر في كتاب الإجارة في الكلام على ركن المنفعة على خلاف ما جزم به هاهنا. [أ و].

(١) في د: منهما.
(٢) في د: مرادهم.
(٣) في د: سكونه.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في جـ: على.
(٦) سقط في أ.

الإمام؛ فيجوز الإذن فيه ولا ضمان على القاطع. وإن كان خوف القطع أكثر[١] وأغلب على الظن فلا يجوز القطع في هذه الحالة جزمًا؛ كما لو لم يكن خوف في البقاء، وكان موجودًا في القطع، فإذا أذن فيه فلا يجوز له القطع، لكنه لو فعل لا قصاص على الأصح، وسنذكر - من بعد - ما يظهر لك به جريان وجه فيه عن ابن سلمة، وفي ضمان النفس قولان حكاهما الإمام.

ولو استوى الأمران، واعتدل الخوفان - فعند الشيخ أبي محمد: لا يحل القطع.

وذهب بعض الأصحاب إلى أنه لا يعترض عليه، [قال الرافعي: وهو الأشبه][٢].

وقريب[٣] من هذه [المسألة][٤]: ما لو أضرمت النار في[٥] إنسان، وكان لا يطيق الصبر على لفحاتها، فأراد أن يلقي نفسه في بحر، ورأى ذلك أهون، وقد حكى الإمام عن شيخه المنع، وأن في المسألة احتمالاً؛ فإن الإحراق مُذَفِّف، وكذلك الإغراق، ثم قال: والرأي ما ذكره شيخنا، [وقال في «الوجيز»: الأصح مقابله][٦].

قال: وإن قطعها حاكم، [أو وصي][٧] من صغير؛ [أي][٨]: أو [من][٩] مجنون؛ حيث يكون ترك القطع [أخوف من القطع][١٠]؛ كما قاله الماوردي، ولا ولي له سواه، فمات - ففيه قولان، [أي][١١]: منصوصان؛ كما حكاه الماوردي في الجنايات[١٢]:

«أحدهما: يجب عليه القود»؛ لأنه عجل من تلفه ما كان مرجوًّا؛ فأشبه ما لو قطعها، وكان القطع أخوف، [أو كان الأب أو الجد بعد باقيًا][١٣]، وهذا أصح في «الجيلي».

«والثاني[١٤]: **لا يجب**»؛ لأنه لم يقصد القتل، بل قصد الإصلاح والمداواة، وله نظر في مداواته؛ فكان ذلك شبهة في إسقاط القصاص، [وهذا [أصح عند

---

(١) في ج: أكبر.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: وقرب.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: على.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: أوصى.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.
(١٢) زاد في ج: وفيما في التهذيب أيضًا.
(١٣) سقط في ج.
(١٤) زاد في التنبيه: تجب الدية.

القاضي أبي الطيب والنواوي][1] ؛ فعلى هذا تجب الدية مغلظة.

ولو كان القاطع في هذه الحالة الإمام الأعظم فمنهم من أجرى القولين فيه، وقيل: لا قود جزمًا، وإليه أشار أبو إسحاق [المروزي][2]، لأنه أبعد عن التهمة؛ [وولايته أعم][3].

ولو كان القاطع أبًا أو جدًّا فلا [قود ولا][4] دية [عليه في هذه الحالة. نعم، لو كان - والحالة هذه - القطع أخوف][5] ففي إيجاب الدية وجهان [في «الحاوي»، و«التهذيب»][6] ، وهل تكون دية عمد [تتعجل في ماله][7] ، أو دية شبه[8] عمد[9] تؤخذ على عاقلته؟ فيه وجهان [في «الحاوي»، وفي][10] أن وصي الأب يجري مجرى الأب [على وجه.

وعن صاحب «الإفصاح»: أن القولين المذكورين في الحاكم إذا كان له أب أو جَدٌّ، أما إذا لم يكن فلا قود وجهًا واحدًا؛ لأنه لا يجد من يقوم بشأنه، فلا بد وأن يراعيه.

فإن قيل: هل يجوز لولي الصغير والمجنون قطع السلعة منه؟

قلنا: يحتاج في ذلك إلى تقديم الكلام في جواز ذلك للشخص نفسه؛ إذا كان بالغًا عاقلاً، وقد قال الأصحاب: إنه يجوز له ذلك، وأن يأذن فيه][11] ، إذا كان خوف التبقية أكثر وأغلب على الظن، على الصحيح، وفيه وجه: أنه لا يجوز، [ولو كان خوف القطع أغلب فلا يجوز وفاقًا][12] .

ولو استوى الأمران، واعتدل الخوفان: فمن منع في الحالة[13] الأولى فهو مانع هاهنا من طريق الأولى، وقد [صرح بالمنع هنا][14] الشيخ أبو محمد[15] ، وبعض الأصحاب قال: لا معترض[16] عليه في هذه الحالة أيضًا، فحيث قلنا: لا

(١) في جـ: وهو ما اختاره النواوي وصححه القاضي أبو الطيب.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ولايته عامة.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: إن كان الترك أخوف؛ لأن له القطع.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: شبهة.
(٩) في أ: العمد.
(١٠) في أ: وفيه.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في جـ: الصورة.
(١٤) في جـ: وافقه.
(١٥) زاد في جـ: على ذلك هنا.
(١٦) في أ: يعترض.

يجوز للإنسان قطع ذلك من نفسه؛ فالولي بالمنع أولى، وحيث قلنا: يجوز، فالحاكم(١) ومن في معناه لا(٢) يجوز له القطع(٣) في حالة كون القطع [محظورًا، والتبقية](٤) محظرة، ومست(٥) الحاجة إلى النظر في تغليب أحد [الظنين كما نص عليه الشافعي](٦)، [وفي حالة انتفاء حالة](٧) الحظر في القطع واقتضاء المصلحة له يجوز؛ كما في الفصد والحجامة. نعم، لو أدى إلى الهلاك ففي الضمان وجهان جاريان [أيضًا](٨) في الفصد والحجامة:

أحدهما: يضمن، وبه جزم(٩) القاضي الحسين؛ كالتعزير(١٠) إذا أفضى إلى التلف.

وأظهرهما - وهو المذكور في «الوجيز»، وبه قال عامة الأصحاب-: المنع، [وعن «جمع(١١) الجوامع» حكاية وجه: أنه لا يجوز للسلطان الفصد والحجامة، ويختص نظره وتصرفه بالمال، والأب والجد يجوز له قطع السلعة، عند استواء الأمرين؛](١٢) فإن الشافعي [نص](١٣) على أن له قطعها(١٤).

قال الإمام: ولم يُرِد صورة المعالجة حيث لا ضرر في القطع؛ فإن ذلك يجوز للحاكم، بل مراده [ما](١٥) إذا تعارض خطران في القطع والتبقية، ورأى القطع صوابًا، وجوزنا ذلك للمرء نفسه، والفرق بينهما: أن ذلك يحتاج](١٦) إلى نظر دقيق؛ فاختص به الولي الشفيق [كما في الإجبار على التزويج](١٧):

---

(١) في ج: وأما الحاكم.
(٢) في ج: فلا.
(٣) زاد في ج: كما نص عليه الشافعي.
(٤) في ج: محظرا أو التبقية.
(٥) في د: بيت.
(٦) في ج: الأمرين.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ج: قال.
(١٠) في أ: كالتغرير.
(١١) في د: جميع.
(١٢) في ج: وحكم الأب في الصغير والمجنون -فيما ذكرناه- مخالف للحاكم.
(١٣) سقط في د.
(١٤) في ج: قطع السلطة.
(١٥) سقط في ج.
(١٦) في ج: وسبب الفرق أن الإقدام على القطع يحوج ألا يعتد إلا من شفيق، مبناه في الشفقة وهو نص في الاستصلاح بالتزويج؛ فإن الأب والجد يزوج ابنته البكر استصلاحًا، وإن كان يوقعها في الرق إلى الأبد، ويزوج من طفلة، والحاكم لا يملك ذلك، فإن التزويج يحتاج.
(١٧) في ج: أما إذا لم يجوز للمرء نفسه القطع فكذلك الأب، أما إذا قطعها الحاكم، وللصغير أو المجنون أب أو جد أو ولي - وجب عليه القود جزمًا، كالأجنبي وهذا هو المشهور في الطرق،=

وحكم قطع الأكلة والحُبَيْبة حكم قطع السلعة - فيما ذكرناه - صرح به الإمام وأبو الطيب وابن الصباغ في باب حد الخمر، ولا خلاف في أن الأجنبي لا يجوز له قطع ذلك من الصبي والمجنون بغير إذن وليه.

نعم، في حال عدم الولي يشبه أن يكون الحكم كما في الختان، وحيث لا يجوز له فإذا فعله أطلق الجمهور أن عليه القصاص عند هلاكه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين - في الموضع المذكور - تخريج قول في عدم إيجاب القصاص، إذا قطع اليد المتآكلة من غير إذن؛ فسرت إلى النفس؛ لأنه نص هاهنا على إيجاب القود، وقال في الخراج: إذا قطع يده من الكوع، ثم جاء آخر، وقطعها من المرفق، فمات - فعليهما القود.

قال القفال: احتمل أن يجعل حكم الألم باقيًا[١]، فتكون المسألة على قولين:

أحدهما : على القاطع هاهنا القود.

والثاني : لا، وعليه نصف الدية؛ لأنه مات عقيب ألمين: أحدهما: مضمون، والآخر: غير مضمون.

قال: والصحيح الفرق؛ لأن ألم الأكلة[٢] من جهة الله - تعالى - وليس لآدمي فيه صنع، فجعل الفعل والقتل كله منسوبًا إلى هذا المتعدي، ونظيره مريض مذفف؛ بحيث يعلم أنه يموت غدًا، فقتله رجل؛ فعليه القود، أو كمال الدية، وأما هناك مات عقيب جنايتين غير موحيتين ولا مذففتين[٣].

قال: «وإن اشترك جماعة في قتل واحد قتلوا به»؛ أي: إذا كان فعل كل واحد منهم، لو انفرد لقتل، كما ذكره المحاملي، وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣] والسلطان هو القصاص بلا خلاف، ولقوله[٤] ﷺ: «[ثم][٥] ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ، قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَأَنَا -وَاللَّهِ- عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَ هَذَا الْيَوْمِ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ[٦]: إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا،

= وعن صاحب الإفصاح أن القولين فيما إذا كان له أب أو جد، فإن لم يكونا فلا قود قولًا واحدًا؛ لأنه لا يجد من يقوم بشأنه، فلابد أن يراعيه السلطان.

(١) في د: نافيا.
(٢) في أ: الأكل.
(٣) في د: مندملتين.
(٤) في أ: قوله.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: خيرين.

وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الْعَقْلَ»(١) ولم يفصل الله - تعالى - ولا رسوله بين أن يكون القاتل واحدًا، أو جماعة، [فكان له](٢) استيفاؤه بهذا الإطلاق.

وقد روي: «أن عمر - رضي الله عنه - قتل سبعة، أو خمسة من أهل صنعاء؛ [اشتركوا في قتل رجل [واحد](٣) قتلوه غيلة - وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء](٤) لقتلتهم به جميعًا»(٥).

معنى «غيلة» أي: حيلة؛ لأن القتل على أنحاء غيلة، وهو أن يحتالوا [له](٦) بالتمكين من الاستخفاء ونحوه حتى يقتلوه.

وفتكًا وهو: أن يكون آمنًا فيراقب حتى يقتل.

وغدرًا؛ وهو: أن يقتل بعد أمانه.

وصبرًا؛ وهو: قتل الأسير مجاهرة، ومعنى تمالأ: تعاون(٧).

وروي عن عليّ - كرم الله وجهه - أنه قال: «وَاللهِ مَا قَتَلْتُ عُثْمَانَ، وَلَا مَالَأْتُ [عَلَى](٨) قَتْلِهِ»(٩) أي: عاونت، وقتل عليٌّ ثلاثة برجل، وقتل المغيرة سبعة بواحد(١٠).

وقال ابن عباس: إذا قتل جماعة واحدًا قتلوا به، ولو كانوا مائة، ولم ينكر عليهم أحد؛ فكان إجماعًا.

فإن قيل: [قد روي](١١) أن معاذ بن جبل أنكر ذلك، وأن [ابن](١٢) الزبير قال: لا يقتلوا به، ولكن يقرع، فمن خرجت [القرعة عليه](١٣) قتل.

قيل: إن صح ذلك فعنه(١٤) جوابان من قول الشافعي في القديم:

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ. (٤) سقط في جـ.
(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٧١)، كتاب العقول، باب: ما جاء في الغيلة والسحر (١٣)، والبخاري (١٢/ ٢٣٦) كتاب الديات، باب: إذا أصاب قوم من رجل، هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم؟ برقم (٦٨٩٦).
(٦) سقط في أ. (٧) في جـ: تعلمون. (٨) في جـ: في.
(٩) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١١/ ٤٥٠) برقم (٢٠٩٧٢)، وسعيد بن منصور في سننه (٢/ ٢٨٨) برقم (٢٩٤١).
(١٠) في جـ: برجل. (١١) سقط في جـ. (١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: قرعته. (١٤) في أ: ففيه.

أحدهما: أن الصحابة إذا اختلفوا في شيء - فالأخذ بقول الطائفة التي فيها الإمام أولى.

[و][(١)] **الثاني**: أن الأخذ بقول الأكثر أولى؛ لأن القصاص شرع لأحد معنيين[(٢)]؛ إما لتشفي الغيظ، ودرك الثأر، أو للردع والزجر، وكلاهما نطق به القرآن العزيز: فالتشفي في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣] والزجر في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]وأيهما كان يوجب قتل الجماعة بالواحد؛ إذ التشفي لا يحصل بقتل واحد منهم وقد اشتركوا في إزهاق روحه وإيصال الألم إلى قلوب الأولياء؛ وكذلك [الزجر][(٣)]؛ وهذا هو[(٤)] الجديد.

وقد حكى القاضي الحسين، والإمام، عن القديم أن الجماعة لا تقتل بالواحد، بل لولي الدم[(٥)] أن يختار واحدًا منهم، ويقتله قودًا؛ كمذهب مالك، رضي الله عنه.

ثم على[(٦)] الجديد قد اختلف الأصحاب في كيفية استحقاق قتلهم:

فمذهب[(٧)] العامة؛ كما حكاه القاضي الحسين والإمام: أنه استحق [على][(٨)] كل منهم [روحه؛ إذ الروح لا تتجزأ، ولا تتبعض، ولو استحق بعض روحه لم يقتل بحال.

وقال الحليمي: استحق على كل منهم؛][(٩)] إذا كانوا عشرة - مثلا - عشر روحه؛ بدليل: أنه لو آل الأمر إلى الدية - لم يجب عليه إلا العشر، وفي الحقيقة كل واحد منهم استوفى عشر روح المقتول؛ فاستحق عليه عشر روحه، غير أن الروح لا تتجزأ؛ فلا يمكن استيفاء المستحق إلا بغيره؛ فاستوفي لتعذره؛ كما نص الشافعي - رحمه الله - [على][(١٠)] أنه إذا جبر عظمه بعظم بخس، والتحم عليه الجلد واللحم، وخاف التلف - أنه ينزع.

وقد أبطل الإمام استشهاده[(١١)] بالدية بقتل الرجل المرأة؛ فإن دمه مستحق بجميعها، وإن كان الأمر [إذا] آل إلى المال لم[(١٢)] يجب إلا نصف الدية.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: المعنيين.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في ج: المذهب.
(٥) في ج: المقتول.
(٦) زاد في ج: المذهب.
(٧) في ج: فذهب.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: اشتهاده.
(١٢) في أ: لا.

ثم اعلم أن ما ذكرناه من التعليل تخدشه مسألة؛ وهي إذا ضرب قوم شخصًا بالسياط، أو بعصا خفيفة، كل واحد ضربة؛ فمات [بذلك][(١)] - [فإن قضية][(٢)] ما ذكرناه: أن يجب عليهم القصاص؛ كي لا يصير ذلك ذريعة و[قضية ما ذكرناه][(٣)] من التقييد في صدر المسألة نفيه، وقد حكى المراوزة ذلك وجهين [وثالثًا؛ وهو][(٤)] إن صدر ذلك عن تواطؤ منهم وجب، وإلا فلا، وهو ما [جزم به القاضي الحسين][(٥)]، وصاحب «التهذيب»، وادعى[(٦)] الإمام أن إيجاب القصاص من [غير تواطؤ لا وجه له][(٧)] أصلاً، بل يجب القطع بأنه لا قصاص؛ لأن في [إيجابه حينئذ][(٨)] إيجابه [على شريك خاطئ][(٩)]، وأن في حال التواطؤ يجب أن يكون في المسألة قولان:

أحدهما؛ وهو القياس: عدم الوجوب.

والثاني: الوجوب.

وعلى كل قولٍ: المال واجب على الجميع.

وقد فرع القاضي والبغوي على ما أجابا به؛ فقالا: لو ضرب واحد سوطين، أو ثلاثة، وجاء آخر وضرب خمسين، أو مائة، قبل أن يزول ألم الضرب الأول، ولا تواطؤ - فلا قصاص على واحد منهما؛ لأن الأول شبه[(١٠)] عمد، والثاني شريك [له][(١١)].

وإنه لو ضرب واحد أولا خمسين، ثم ضرب آخر سوطين، أو ثلاثة، قبل أن يزول ألم الضرب الأول-: فإن كان الثاني عالمًا بضرب الأول - فعليهما القصاص؛ لظهور قصد الهلاك منهما، وإن كان جاهلا فلا قصاص عليهما؛ لأنه لم يظهر قصد الهلاك من الثاني، ويجب [بضرب][(١٢)] الأول نصف دية العمد، [وبضرب الثاني نصف دية شبه العمد][(١٣)].

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) بياض في جـ.
(٣) بياض في جـ.
(٤) بياض في جـ.
(٥) بياض في جـ.
(٦) في د: فادعى.
(٧) بياض في جـ.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) في د: إيجابه.
(١٠) في د: عنه.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: بضربه.
(١٣) سقط في أ.

وفرق بينه وبين ما إذا ضرب مريضًا ضربًا يقتل المريض، دون الصحيح، وهو جاهل بمرضه؛ حيث نوجب القصاص - على رأي - بأن هناك لم [نجد من نحيل][(١)] القتل عليه سوى الضارب.

قال: وإن جرحه[(٢)] **واحد جراحة، وجرحه الآخر**[(٣)] **مائة جراحة**؛ أي: ولم تبرأ جراحة منها؛ فمات - فهما قاتلان، أي: فيجب عليهما القود، أو[(٤)] الدية بينهما على السواء؛ لأن الجرح له سراية في البدن، وغور لا يطلع عليه؛ فقد يموت من جرح، ولا يموت من جراحات، والهلاك حصل عقيب فعلهما، ولا يمكن إضافته إلى واحد معين، ولا إسقاطه؛ فأضيف إليهما.

ويفارق هذا ما إذا جلد في حد القذف أحدًا وثمانين [سوطًا][(٥)] فمات؛ فإنا على قول نضيف الهلاك إلى الجميع، ونوزعه على عدد الضربات.

والفرق أن محل الجلد مشاهد [يعلم][(٦)] به التساوي، ولا كذلك الجراحات؛ كذا قاله الماوردي، وقضيته[(٧)] أن يقال: [فيما إذا تمالأ عليه قوم بالضرب][(٨)]، وأفضى الأمر إلى الدية: أن توزع على عدد الضربات على قول، [وقد حكاه الرافعي][(٩)] مع قول آخر: أنه كالجراحة.

أما إذا برئت[(١٠)] منهما جراحة، فإن كانت جراحة المنفرد سقط عنه الضمان في النفس، ووجب أرشها، وإن كانت [جراحة الآخر فا][(١١)] لقصاص باق بحاله.

فرع: إذا جرحه ثلاثة، وادعى [أحدهم][(١٢)] أن جراحته [اندملت قبل موته][(١٣)] وأنكر الآخران ذلك، وقالا: مات من الجراح الثلاث - فإن صدقه الولي، وكان قصده القصاص من الباقين - قبل منه، وإن أراد أخذ الدية منهما لم يقبل تصديقه؛ لأنه في هذه الحالة يأخذ من كل منهما نصف الدية، وفي حال[(١٤)] عدم الاندمال يأخذ الثلث، فكان عليهما في تصديقه ضرر؛ فلم يقبل؛ قاله المحاملي.

---

(١) في د: نُحِل.
(٢) في التنبيه: جرح.
(٣) في التنبيه، جـ، د: آخر.
(٤) في جـ، د: و.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: قصته.
(٨) بياض في جـ.
(٩) بياض في جـ.
(١٠) في جـ، د: ترتب.
(١١) طمس في جـ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) طمس في جـ.
(١٤) في جـ، د: حالة.

قال: وإن قطع أحدهما كفه، والآخر ذراعه، [أي:][١] الذي كان الكف فيه؛ فمات - فهما قاتلان؛ لأن قطع الأول علق منه الألم[٢] بالأعضاء الشريفة؛ وهي الكبد والقلب والدماغ، واتصل بها من قطع الثاني مثلها؛ فتعاون الكل على الإزهاق؛ فتساويا في وجوب القود؛ كما لو قطع أحدهما يده اليمنى، والآخر اليسرى؛ فسرى[٣] إلى نفسه، وهذه العلة - كما قال القاضي أبو الطيب - صرح بها الشافعي.

قال: وإن قطع أحدهما يده، [وحز][٤] **الآخر رقبته، أو قطع حلقومه، أو مريئه، أو أخرج [حشوته]**[٥]، أي: أبانها [منه][٦]؛ كما قاله المحاملي والماوردي والقاضيان الطبري والحسين - فالأول جارح؛ أي: يجب عليه القصاص في اليد وديتها، والثاني قاتل؛ لأنه قطع بفعله سراية الأول، وأزهق فعله الروح؛ فوجب عليه[٧] القصاص؛ كما لو اندمل جرح الأول، ثم قتله الثاني. ولا فرق في ذلك بين أن يتوقع [البرء من الجراحة الأولى، أو لا يتوقع][٨]، ويتيقن الهلاك منها بعد يومين أو ثلاث.

نعم لو انتهى في الأولى إلى حركة المذبوحين[٩]؛ وهي [التي لا][١٠] يبقى معها الإبصار والإدراك، والنطق والحركة الاختياريان - لم يكن لحز[١١] الرقبة معنى، وهو كما لو فعل ذلك بعد الموت، فيعزَّر.

والحشوة - بكسر الحاء وضمها: لغتان مشهورتان - هي الأمعاء، وحكم شق البطن أولاً[١٢] من غير إخراج الحشوة، أو خرقها من غير [إبانة][١٣] بحيث حكم أهل البصائر بأنه يموت لا محالة؛ إذا صدر من واحد، ثم صدر من غيره إخراج الحشوة [أو إبانتها][١٤] أو حز الرقبة - حكم قطع اليد أولاً، وحز الرقبة، أو ما في معناه ثانيًا؛ لأن بشق الجوف لا تزول الحياة المستقرة.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: الأول.
(٣) في أ: فيسري.
(٤) في ج: جز.
(٥) طمس في ج.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ، د: عليهما.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ج: المذبوح.
(١٠) سقط في ج، د.
(١١) في د: يجز.
(١٢) في أ: أولى.
(١٣) في ج: إبانتها.
(١٤) في د: وأبانها.

وقد ألحق الأصحاب - كما قال الرافعي - بهذه الحالة المريض، إذا أشرف على الهلاك، وقالوا: يجب القصاص على قاتله، وإن انتهى إلى حالة النزع، وصار عيشه عيش المذبوحين.

ولفظ الإمام: أن المريض إذا انتهى إلى سكرات الموت بدت مخايله، وتعثرت الأنفاس في الشراسيف[(١)]؛ فلا نحكم له بالموت، وإن كان يظن أنه في مثل حالة المقدود.

وفرقوا بأن انتهاء المرض إلى تلك الحالة غير مقطوع به، وقد يظن به ذلك، ثم يشفى، بخلاف المقدود ومن في معناه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين ما ينازع في ذلك؛ فإنه قال: المريض إذا أشرف على الهلاك. فإن وقع في حراك المذبوحين لا يحل الذبح[(٢)]، ومن قتله لا يكون قاتلاً، ولا عبرة بسيلان الدم وعدم سيلانه.

قال: وإن اشترك الأب والأجنبي في قتل الابن وجب القود على الأجنبي؛ لأن فعل الأب عفو[(٣)]، وسقوط القود عن أحد الشريكين لمعنى[(٤)] لا بغير صفة فعله، لا يسقط القصاص عن الآخر، دليله ما لو عفي عن أحد الشريكين [في القتل][(٥)].

وفي معنى ما ذكرناه: إذا شارك حر عبدًا في قتل عبد، أو مسلم ذميًّا في قتل ذميّ - فلا قصاص على المسلم والحر، ويجب على الذميّ والعبد، وهذا بخلاف ما لو جرح ذميٌّ ذميًّا، ثم أسلم المجروح، فجرحه مسلم، أو جرح عبدٌ عبدًا، ثم عتق[(٦)] المجروح، فجرحه حر، ومات منهما - فإنه يجب القصاص على المسلم، والحر؛ لأن القصاص يجب على كل منهما بتقدير الانفراد؛ فكذلك عند الاجتماع.

فرع: إذا قطع حر يد عبد، ثم عتق[(٧)]، فقطع آخر يده الأخرى، ثم مات - فلا قصاص على الأول، وعلى الثاني القصاص في الطرف؛ وكذا في النفس، على الصحيح.

---

(١) الشراسيف: مقاطع الأضلاع وهي أطرافها التي تشرف على البطن، ويقال: الشرسوف: غضروف معلق بكل ضلع. الآداب الشرعية (٣/ ١٣٨).

(٢) في جـ، د: بالذبح.

(٣) في أ، جـ: عمد.

(٤) في أ، جـ: بمعنى.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، د: أعتق.

(٧) في د: أعتق.

قال أبو الطيب بن سلمة: لا يجب فيها [قصاص][(١)]؛ لأن الموت حصل من فعلين: أحدهما: في حال الرق، وذلك غير موجب [للقصاص، والآخر في حال الحرية، وهو موجب للقصاص، وإذا اجتمع ما يوجب][(٢)] القصاص وما [يسقطه، غلب ما يسقطه][(٣)]، كما في العامد والمخطئ، حكاه القاضي أبو الطيب والبندنيجي.

قال: وإن اشترك المخطئ والعامد في القتل، أو ضربه أحدهما بعصا خفيفة، وجرحه الآخر؛ فمات[(٤)]، أي: منهما - لم يجب القصاص على واحد منهما:

أما الأول، فلأن فعله في الأولى خطأ، وفي الثانية شبه عمد، وقد تقدم الدليل على انتفاء القصاص عنهما.

وأما الثاني، فلأن الزهوق حصل بفعلين: أحدهما: يوجبه، والآخر ينفيه، [فانتفى][(٥)]؛ كما لو جرحه [واحد][(٦)] جرحين بهذه الصفة. أو نقول: قد اجتمع ما يوجب القصاص وما يسقطه [(٧)]؛ فوجب أن يغلب حكم الإسقاط؛ كما إذا قتل من نصفه حر ونصفه رقيق رقيقًا [(٨)].

وعن المزني: أنه يجب القصاص على شريك المخطئ، وشريك الجارح عمد خطأ، وقال الإمام: وددت أن يكون هذا قولاً معدودًا من مذهب الشافعي، وقد يوجه بأن العامد لو[(٩)] انفرد بقتله قتل، فإذا شارك غيره وجب أن يقتل؛ كالأجنبي إذا شارك الأب.

وقد حكى الروياني في «جمع [(١٠)] الجوامع» أنه قد قيل: إنه قول للشافعي، ذكره المزني في العقارات.

فرع: شريك الصبي المميز والمجنون [الذي له تمييز][(١١)]: هل يجب عليه القصاص ؟ ينبني على الخلاف في أن [عمدهما عمد][(١٢)] أو خطأ؟ إن قلنا بالأول [وجب][(١٣)]، وإلا فلا.

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: يسقط.
(٤) في التنبيه: ومات.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: يسقط، وفي د: يسقطاه.
(٨) في د: فرقنا.
(٩) في جـ: إذا.
(١٠) في د: جميع.
(١١) سقط في جـ، د.
(١٢) في أ: عمده عمدًا.
(١٣) سقط في د.

أما [١] من لا تمييز له [بحال][٢] فعمده خطأ، وشريكه شريك خاطئ [لا محالة][٣]؛ كذا قاله القفال، وعليه جرى في «التهذيب».

قال: وإن جرح نفسه وجرحه آخر، أو جرحه سبع وجرحه آخر؛ فمات أي: من الجرحين، وكانا مما يقتلان غالبًا - ففيه قولان:

أحدهما: يجب القود على الجارح؛ لأنه شريك عامد، وإنما سقط ضمانه؛ لمعنى [فيه، لا لمعنى][٤] في فعله؛ فأشبه الأب، وهذا هو الأصح في الصورة الأولى؛ كما ذكره الروياني، وغيره، وأظهر في الصورة الثانية؛ كما قاله الماوردي.

والثاني: لا يجب؛ لأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ، مع أن جنايته مضمونة [عليه][٥] بالدية، فلئلَّا يجب وجنايته غير مضمونة كان أولى، وهذا ما صححه الماوردي في الصورة الأولى عند الكلام فيما إذا اجتمع على القتل عامد ومخطئ، وبه قطع بعضهم في الثانية؛ لأنه لا تكليف على السبع؛ فكان شريكه كشريك الخاطئ؛ لأن فعل السبع لا يصدر [عن][٦] فكر وروية، ولا يوصف بالعمدية، وهذا ما صححه الغزالي وإمامه، والقاضي الحسين، والنووي.

ثم ظاهر كلام الشيخ في مسألة السبع يقتضي أنه لا فرق في جريان الخلاف فيها بين أن يكون الجرح [٧] الصادر من [٨] السبع صدر عن قصد، أو لا عن قصد؛ كما إذا وقع عليه فجرحه، وهو ما صرح به في «التهذيب»، وفي كلام الإمام ما يقتضي أن محل الخلاف إذا قصد السبع الجرح، فأما إذا وقع عليه من غير قصد فليس هو موضع الخلاف.

تنبيه: من الصورة الأولى يظهر لك [٩] أن السيد لو جرح عبده، و[١٠] جرحه آخر - يجري القولان فيه كما صرح به غيره؛ لاستواء السيد وجارح نفسه في عدم وجوب الضمان للآدمي، ووجوب الكفارة عليهما على الصحيح، وبه جزم العراقيون. وعن بعضهم القطع بالوجوب إذا أوجبنا الكفارة، وهي جارية في صورة الكتاب أيضًا؛ كما حكاها الإمام؛ تفريعًا على إيجاب [١١] الكفارة.

---

(١) زاد في د: الذي له تمييز.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في جـ: من.
(٧) في د: بالجرح.
(٨) في جـ: عن.
(٩) في د: بذلك.
(١٠) في جـ: أو.
(١١) في د: أصحاب.

ومن الصورة الثانية يظهر لك فيما لو جرح حربي مسلمًا، وجرحه مسلم آخر، ومات منهما، أو قطعت يد إنسان في السرقة، أو قصاصًا، ثم جرحه آخر متعديًا، أو جرح مسلم مرتدًا، فأسلم، فجرحه [(١)] آخر، أو ذميّ حربيًّا، ثم عقدت الذمة للحربي، فجرحه ذميّ آخر، أو إنسان جرح الصائل عليه، ثم جرحه آخر -[جريان القولين][(٢)]، كما صرح بهما[(٣)] غيره؛ لأن فعل السبع لا يوجب شيئًا؛ كما أن الشريك العامد في الصور[(٤)] التي ذكرناها لا يوجب فعله شيئًا.

وحكى الفوراني عن بعضهم - في مسألة قطع اليد في سرقة[(٥)]، أو قصاصًا - القطع بالوجوب؛ لأن فعلهما في مقابلة ما سبق من جناية المقطوع؛ فهو كالمضمون[(٦)] به.

قال: وإن جرحه واحد، وداوى هو جرحه بسم غير موح[(٧)]، أي: غير قاتل في الحال، ولكنه يقتل غالبًا أي: وعلم المجروح حاله، أو خاط الجرح في لحم حيّ؛ أي: قصدًا، وذلك مما يقتل غالبًا؛ فمات - فقد قيل: لا يجب القود على الجارح؛ لأن المجروح قصد المداواة، لا الجناية، وذلك عمد خطأ، وشريك قاتل عمد الخطأ لا قود عليه.

وقيل: على قولين كالمسألة قبلها، وهذه الطريقة أظهر عند ابن الصباغ.

ثم حقيقة الخلاف يرجع إلى أن الذي صدر من المجروح عمد أو عمد خطأ؟ وقد حكى الأصحاب فيه - في الصورة الأولى - وجهين، وفي الصورة الثانية أنه عمد، وقال الماوردي: عندي أنه عمد خطأ، فمن جعله عمد خطأ أسقط القصاص جزمًا، ومن جعله عمدًا أجرى القولين.

أما إذا لم يعلم المجروح بأن السم يقتل غالبًا - فقصده التداوي - فالمجزوم به الطريقة الأولى؛ كما لو كان السم لا يقتل غالبًا بل نادرًا [و][(٨)] كما لو قصد الخياطة في لحم ميت فصادف لحمًا حيًّا، أو في الجلد فصادف اللحم. ولو كان السم [يقتل لا محالة في ثاني الحال، فالمجزوم به الطريقة الثانية؛ صرح بذلك

(١) في جـ: وجرحه.
(٢) في جـ: بأن القولين في الصور كلها.
(٣) في جـ: به.
(٤) في أ، د: الصورة.
(٥) في جـ: السرقة.
(٦) في جـ: بالمضمون.
(٧) في د: مبوح.
(٨) سقط في جـ.

الماوردي، ولو كان السم][١] موحيًا - وهو الذي يقتل في الحال - لم يجب على الجارح قصاص، ولا دية، سواء كان المجروح عالمًا بحاله أو جاهلا بها؛ لأنه قطع سراية جرحه بفعله؛ فأشبه ما لو جرحه، فذبح نفسه.

ولو خاط الجرح في لحم ميت وجب القود قولاً واحدًا؛ لأن السراية لا تحصل بالخياطة في الميت، وسواء - فيما ذكرناه - شرب السم للتداوي، أو وضعه في الجرح للتداوي؛ كما صرح به المحاملي وغيره.

والحكم فيما لو داواه غيره بالسم المذكور بإذنه، أو [خاط له][٢] الجرح في لحم حيّ بإذنه؛ كالحكم فيما إذا فعل ذلك بنفسه، ولا شيء على المأذون له.

تنبيه: ظاهر إطلاق[٣] الشيخ القول بأنه لا قود على الجارح يشمل النفس والجرح، وأنه لا فرق بين أن يكون الجرح مما لا يجري فيه القصاص، أو يجري فيه، وكلام الرافعي والمحاملي وغيرهما مصرح بأن الجرح إن كان مما يجري فيه القصاص وجب؛ إذ لا مشاركة فيه، وكلام الماوردي مصرح بما اقتضاه كلام الشيخ في بعض الصور على وجه لابن سريج، وفي بعض بلا خلاف؛ فإنه قال فيما إذا كان السم يقتل لا محالة في ثاني الحال[٤]، وقلنا: لا يجب القصاص في النفس: إنا ننظر في الجرح: فإن لم يكن فيه قصاص لم يمكن الولي منه، وإن كان مما يوجب القصاص إذا انفرد[٥]: كالموضحة، وقطع[٦] اليد والرجل - ففي وجوب القصاص فيه، مع سقوطه في النفس [وجهان:

أحدهما وهو قول ابن سريج-: لا يجب، ويسقط بسقوطه في النفس][٧]؛ لأنه إذا انفرد عنها روعي فيه الاندمال، ولم يندمل.

والثاني: يجب؛ لأنه قد انتهت غايته بالموت فصار كالمندمل، فعلى هذا إن كانت ديته مثل دية نصف النفس كأحد اليدين أو[٨] الرجلين، وفعله الولي - فقد استوفى جميع حقه، وإن كانت ديته أقل من نصف دية النفس كالإصبع، فإذا اقتص منه[٩] فقد استوفى [من][١٠] حقه بقدر ديته وهي العشر، وبقي له تمام

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: خاطه.
(٣) في جـ: كلام.
(٤) في أ: حال.
(٥) في جـ: تقرر.
(٦) في أ: قيل.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، د: و.
(٩) في جـ، د: فيه.
(١٠) سقط في جـ.

النصف، إن كانت ديته أكثر من نصف الدية فوجهان:

[أحدهما](١) -: وهو قياس قول الإصطخري-: يقتص منه.

والوجه الثاني - وهو عندي أشبه-: أنه لا يجوز أن يقتص بنصف الدية من الأعضاء إلا ما قابلها؛ لأنها توجد بدلاً منها، فعلى هذا: إن أمكن تبعيضه استوفى [منه بقدره](٢)، كاليدين إذا قطعهما؛ فله أن يقتص في إحدى اليدين والتعيين إليه، وإن لم يمكن تبعيضه: كجدع الأنف، وقطع الذكر - فيسقط القود فيه؛ لما تضمنه من الزيادة على قدر المستحق من الدية.

قلت: وعندي أن مادة الخلاف في الأصل أن قطع الطرف إذا صار قتلاً؛ فاستيفاؤه هل هو مقصود في نفسه، [أم هو طريق في استيفاء النفس؟ وفيه الخلاف السابق، فإن قلنا: هو مقصود في نفسه](٣)، استوفى هاهنا، وإلا فلا؛ لأن النفس لا يجوز استيفاؤها في هذه الحالة، لكن قضية هذا أن يطرد فيما إذا كان السم مما يقتل غالبًا.

وقد قال الماوردي: إنا إذا لم نوجب القصاص في النفس، وأراد الولي القصاص في الجرح - لم يكن له ذلك وجهًا واحدًا؛ لأن شريك(٤) الخاطئ في الجرح كشريكه في النفس. ثم قال فيما إذا كان السم لا يقتل غالبًا: إنه لا قصاص على الجارح في النفس والجرح، والله أعلم.

قال: وإن خاط الجرح من له عليه ولاية، أي: غير الأب والجد، كالوصي والإمام ونائبه - ففيه قولان:

أحدهما: يجب القود على الولي، فيجب(٥) **على الجارح**؛ لأن الولي فعل ما لا يحل له فعله عامدًا؛ فكان كالأجنبي، وهذا ما صححه الجيلي.

والثاني: لا يجب على الولي؛ لأنه لم يقصد الجناية، بل قصد المداواة؛ فكان [شبه عمد](٦) في إسقاط القصاص عنه.

قال: ولا(٧) **على الجارح**؛ لأنه شارك من فعله عمد خطأ، وهذا ما صححه

---

(١) سقط في د.
(٢) طمس في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: شريكه.
(٥) في د: ويجب.
(٦) في ج، د: شبهة.
(٧) زاد في التنبيه: يجب.

النووي[١]، فعلى هذا: يجب على كل واحد منهما نصف الدية في ماله، وقيل: يجب النصف المختص[٢] بالإمام في بيت المال.

وفي «ابن يونس» أنه قيل: ما يتعلق[٣] بجناية الولي يجب؛ حيث تجب دية شبه العمد، وإنه لم يذكر في «الحاوي» غيره. انتهى.

والذي رأيته في «الحاوي» حكاية القولين كما ذكرتهما في الإمام خاصة. نعم الذي جزم به في الحاوي وجوب القود على الجارح؛ لأنه شارك في عمد مضمون، وحكاية القولين في وجوب القصاص على الولي، أما إذا كان الولي أبًا أو جدًّا فلا قود عليه، وهل يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ تغليبًا لحسن النظر، قال الماوردي: وعلى هذا في وجوب القود على الجارح قولان.

والثاني: نعم، فعلى هذا يجب على الجارح قولاً واحدًا؛ لأنه شارك في عمد مضمون.

قال: ومن لا يجب عليه القصاص في النفس، أي: كالصبي والمعتوه، والمبرسم - لا يجب عليه [القصاص][٤] في الطرف، ومن وجب عليه [القصاص][٥] **في النفس**؛ أي: كالمكلف والملتزم للأحكام[٦]، إذا قتل مثله حرًّا كان، أو عبدًا - وجب عليه القصاص في الطرف؛ أي: مع السلامة؛ لأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى صونه بالقصاص؛ فكان كالنفس في وجوب القصاص وعدمه، واحترزنا[٧] بـ «الملتزم للأحكام» عن الحربي.

قال: ومن لا يقاد بغيره في النفس، [أي][٨]: كالمسلم بقتل الكافر، [و][٩] الحر بقتل العبد، والوالد بقتل الولد، وما في معناه - لا يقاد به في الطرف؛ لأن حرمة [النفس][١٠] آكد من حرمة الطرف؛ بدليل أن الأطراف بعض النفس، ومتى صارت الأطراف نفسًا دخل بدلها[١١] في دية النفس، ولا تجب بإتلافها الكفارة،

---

(١) في جـ: الفوراني.
(٢) في جـ: الذي يختص.
(٣) في جـ: يجب.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ، د: الأحكام.
(٧) في أ، د: احترز.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ: بها.

ولا تدخلها القسامة، وإذا لم يجب القود في الشريف ففيما دونه أولى.

قال: ومن أقيد بغيره في النفس، [أي][١]: كالكافر بالمسلم، والعبد بالحر - أقيد به في الطرف؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ الآية [المائدة: ٤٥]، ولأن حرمة النفس أولى من حرمة الطرف، وقد جرى القصاص بينهما فيها؛ فبأن [يجري][٢] في الطرف من طريق الأولى؛ ولأن الخصم - وهو أبو حنيفة - قد وافقنا على قتل العبد بالعبد وبالحر، والرجل بالمرأة، والكافر بالمسلم، وخالفنا في [قطع][٣] طرف العبد بالحر وبالعبد، والكافر بالمسلم؛ كما حكاه عنه المحاملي، والمرأة بالرجل، نظرًا إلى أن الأطراف يعتبر[٤] فيها التساوي [بالسلامة وغيرها، فاعتبر التساوي][٥] في ديتها، فنقول له: كل شخصين جرى[٦] القصاص بينهما في النفس وجب أن يجري بينهما في الأطراف السليمة؛ كالحرين والحرتين.

قال: وما لا يجب القصاص فيه في النفس من الخطأ وعمد الخطأ، لا يجب القصاص فيه في الطرف؛ لما بيناه، فكلام الشيخ الأول[٧] تعرض به لبيان الأهلية، والثاني تعرض به لبيان المانع، والثالث تعرض به لطرق التفويت.

قال: وإن اشترك جماعة في [قطع طرف][٨] **دفعة واحدة**، أي: مثل أن وضعوا على يده حديدة، وتحاملوا عليها، أو أخذوا خشبة، أو حجرًا كبيرًا - كما ذكر القاضي الحسين - ووضعوها على يده، وحملوا عليها إلى أن حصلت الإبانة، أو جروا المنشار في ذهابه ورجوعه.

قال: قطعوا [به][٩]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله[١٠] ﷺ: «الْعَمْدُ قَوَدٌ»[١١] ولم يفصلا، وما روي: «أَنَّ رَجُلَينِ شَهِدَا عِنْدَ

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يتعين.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: يجري.
(٧) في جـ: أولى.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: لقوله.
(١١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٣٦) برقم (٢٧٧٦٦)، والدارقطني (٣/ ٩٤) كتاب الحدود والديات، من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما- ولفظه: العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول.

عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ، فَقَطَعَهُ ثُمَّ إِنَّهُمَا رَجعَا، وَجَاءَا بِآخَرَ، وَقَالا: يَا أَمِيرَ المؤمِنِينَ، هَذَا هُوَ السَّارِقُ، وَإِنَّمَا أَخْطَأْنَا، فَقَالَ عَلِي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ-: لَوْ عَلِمْتُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا لَقَطَعْتُكُمَا»[١] وهذا يدل على أن الاثنين يقطعان بالواحد.

ولأنهم اشتركوا في تفويت محل معصوم بالقصاص في حق المنفرد عمدًا؛ فلزم كلًّا منهم القصاص؛ كما لو اشتركوا في قتل النفس، ويخالف هذا ما لو سرق رجلان[٢] فصاعدًا نصابًا واحدًا لا يقطع واحد منهم؛ لأن القطع في السرقة حد لله - تعالى - [والحدود][٣] تحال على الشبهات؛ بخلاف القصاص، الذي هو حق آدمي؛ ولذلك لو سرق نصف نصاب، ثم عاد، وكمل - لا يقطع، وهنا لو أبان العضو بقطعين[٤] فأكثر قطع.

قال: وإن تفرقت جناياتهم، أي: مثل: أن أبان كل منهم بعض الطرف، أو أبان واحد منهم بعضه، واشترك الباقون في إبانة باقيه، أو تعاونوا [على قطعه][٥] بمنشار، وجره بعضهم [في الذهاب][٦]، وآخرون في العود.

[قال][٧]: **لم يجب على[٨] واحد منهم القود**، أي: في جملة العضو، [ولا في][٩] بعضه.

أما الأول؛ فلأن جناية كل منهم في[١٠] بعض العضو؛ فلا يقتص منه في جميعه، وليس كما إذا جرحه[١١] بعضهم جراحة، ثم جرحه آخر، فإن زهوق الروح يحصل بالسرايات؛ وهي مختلطة بالقطع، [و][١٢] لا تمييز فيها، وإبانة اليد تحصل بالقطع المحسوس، والقطع يتميز عن القطع.

وأما الثاني - فلتقاوت[١٣] الأعصاب في المحل والعروق، وعدم انتهائه إلى عظم.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) في أ: رجلًا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بقطعتين.
(٥) في جـ: عليه.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) زاد في أ: كل.
(٩) في أ: لا في، وفي جـ: ولا.
(١٠) في أ: القود.
(١١) في أ، د: جرح.
(١٢) سقط في أ، د.
(١٣) في جـ: فلتقارب.

وحكى القاضي الحسين والفوراني عن صاحب التقريب أنه إن أمكن أن يستوفي من يد كل منهم بقدر ما قطع يستوفي، والرافعي قال: إنه حكى ذلك قولاً.

وقال الإمام: إنه أخذه من قول الشافعي في أن القصاص هل يجري في المتلاحمة، ووجه الشبه: أن الموضحة يجري القصاص فيها كالإبانة، وقطع [بعض][(١)] اليد بعض الإبانة؛ كما أن المتلاحمة بعض الموضحة.

ووجه الفرق: أن جلدة الرأس وما عليها من لحم أجزاؤها متساوية؛ فإنها جلد[(٢)] ولحم، وليس فيها أعصاب، وعروقها جداول الدم، والعروق الرقاق لا يعتبر بها أصلاً، ومعظم اليد يشتمل على أعصاب ملتفة وعروق ساكنة وضارية، ويختلف وصفها في الأيدي؛ فلا يتأتى إجراء التماثل فيها.

وعلى الصحيح: يجب على كل منهم حكومة على قدر جنايته؛ بحيث يكون مجموعها بقدر دية اليد.

تنبيه: قول الشيخ: «في قطع طرف» يظهر أن يكون احترز به عما إذا اشتركوا في موضحة؛ بأن تحاملوا على آلة وجروها معًا، فإن في ذلك احتمالين للإمام:

أحدهما: أنه يوزع عليهم، ويوضح[(٣)] من كل منهم قدر حصته؛ لأن الموضحة قابلة للتجزئة، والقصاص جار في أجزائها؛ فصار كما لو أتلفوا مالاً[(٤)] يوزع عليهم الغرم، وعلى هذا فتعيين الموضع[(٥)] إلى اختيار[(٦)] المقتص منه، وهذا ما أجاب به [في][(٧)] الوجيز.

والثاني: أنه يوضح من كل منهم مثل تلك الموضحة؛ لأنه لا [جزء][(٨)] إلا وكل واحد منهم جان فيه؛ فأشبه ما إذا اشتركوا في قطع يد، وبهذا أجاب في التهذيب، وقال الإمام: إنه أقرب.

قال: ويجب القصاص في الجروح والأعضاء؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: جلده.
(٣) طمس في ج.
(٤) في د: أصلًا.
(٥) في أ: الموضحة.
(٦) زاد في ج: و.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) سقط في ج.

﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ إلى قوله: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقد تقدم في أول الكتاب وجه التمسك بها؛ ولأن الحاجة كما دعت إلى صيانة النفوس بالقصاص دعت إلى [صيانة][١] ما ذكرناه به.

قال: فأما الجروح، أي: وهي التي تشق ولا تبين[٢] - فيجب في كل ما ينتهي إلى عظم؛ كالموضحة، وجرح العضد والساق والفخذ، أما في الموضحة؛ فللإجماع[٣]، حكاه المتولي، وأما فيما عداها فللآية، ولأنه يمكن اعتبار المماثلة فيها؛ لكون نهايتها معلومة؛ فجرى القصاص فيها كالموضحة.

قال: [وقيل][٤]: **لا يجب فيما عدا الموضحة**؛ لأنه لما خالفها في تقدر الأرش خالفها في غيره، فهذا ما صار إليه كثير من أصحابنا؛ كما قال الماوردي، وذكر هو والقاضي أبو الطيب أنه فاسد مذهبًا وحجاجًا:

أما المذهب؛ فلأنه خلاف نص الشافعي؛ فإنه قال في كتاب «الأم»: إن الموضحة إذا كانت على الساق لم تصعد إلى الفخذ، ولم تنزل إلى القدم، وإن كانت على الذراع لم تصعد إلى العضد، ولم تنزل إلى الكف[٥].

وأما الحجاج؛ قال الماوردي: فهو أنه لما كان في البدن جرح مقدر، وهو الجائفة[٦] - وجب أن يكون فيه ما يوجب القصاص وهو الموضحة [كالرأس.

وقال أبو الطيب: ولأن القصاص إنما وجب في الموضحة][٧]؛ لأن الجناية وصلت إلى عظم يمنع السكين، وهذا المعنى موجود، وإنما وجب الأرش المقدر في الموضحة، ولم يوجد فيما نحن فيه؛ لأن الشين في الوجه والرأس أعظم منه في البدن؛ فإن تيك لا تغطيها الثياب، وهذه تغطيها الثياب.

وحكم جرح الصدر أو العين أو الأصابع، إذا انتهى إلى عظم - حكم [جرح][٨] العضد.

تنبيهان:

أحدهما: العضد مؤنثة، وتذكر.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: مين.
(٣) في د: فالإجماع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: الكتف.
(٦) في أ: الجناية.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في د.

قال الزجاجي وغيره: لا يجوز تذكيرها؛ وهي المفصل من المرفق إلى الكتف، وفيها لغات؛ أشهرها: عَضُد؛ بفتح العين، وضم الضاد، وعضد: بإسكان الضاد، وعُضد: بضم العين، وعَضِد: بفتح العين وكسر الضاد، وعلى هذا لا يجوز كسر العين وإسكان الضاد[1].

كلام الشيخ يفهم أن الجرح إذا لم ينته إلى عظم لا يجب فيه القصاص، وإن كان في الرأس، وهو ظاهر ما رواه الربيع عن نص الشافعي في «الأم»: أنه لا قصاص فيما دون الموضحة، وعلل ذلك بأنه يؤدي إلى أن يستوفي موضحة بمتلاحمة؛ وذلك أنه ربما كان رأس المشجوج ألحم، فإذا قدرنا المتلاحمة، وأخذنا قدرها من رأس الشاج بلغ موضحة. وظاهر لفظ الشافعي في المختصر يدل على وجوبه؛ فإنه قال: ولو جرحه، ولم يوضحه - اقتص منه بقدر ما شق من الموضحة.

وقال في موضع آخر: اقتص منه بقدر ما شق إن أمكن.

واختلف الأصحاب - لأجل ذلك - في الباضعة والمتلاحمة على طريقين:

أقربهما: إثبات قولين، حكاهما الماوردي، وعلى ذلك جرى صاحب «العدة» والفوراني والمتولي. والأظهر عند الأكثرين: أنه لا قصاص، وعند القفال والشيخ أبي محمد: مقابله، وبه جزم القاضي الحسين.

والقائلون بهذه الطريقة اختلفوا في محلها:

فقيل: محلها[2] إذا أمكن، وصورته أن يكون على رأس كل من الشاج

---

(١) قوله: تنبيهان:
أحدهما: العضد من المرفق إلى الكتف، وفيها لغات أشهرها: عضد -بفتح العين وضم الضاد- وعضد -بإسكان الضاد- وعضد -بضم العين- وعضد -بفتح العين وكسر الضاد- وعلى هذا لا يجوز كسر العين وإسكان الضاد. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخر كلامه من أنه لا يجوز ذلك غلط، بل الصواب أن يقول: وعلى هذا يجوز بإسقاط «لا» وقد ذكره النووي في لغات التنبيه كذلك، وقال في آخره - أعني النووي: إنه يجمع بذلك خمس لغات، والخمس لا يأتي إلا بجواز الكسر، والمصنف نقل ذلك من كلام النووي باللفظ الذي ذكره على عادته، غير أنه أسقط الكلام الأخير.
تنبيه: وقع في الباب ألفاظ منها: الوترة -بتاء مثناة مفتوحة بعدها راء مهملة- وهي: الجلدة الحاجزة بين المنخرين، ومنها عمور الأسنان -بضم العين وبالراء المهملتين- جمع عمر -بفتح العين وإسكان الميم، وهو ما بين الأسنان من اللحم. [أ و].

(٢) في جـ: محلهما.

والمشجوج موضحة قريبة من موضع الشجة، أو يكون الشاج قد جرح المشجوج موضحة، ومتلاحمة [مثلاً][(١)] ؛ فيقتص منه في الموضحة، ثم ينظر - على قول الوجوب - في موضحة المشجوج، ونقيس الشجة التي نريد القصاص فيها أهي نصفها، أو ثلثها، وإذا عرفنا ذلك - نظرنا في موضحة الشاج، واستوفينا مثل نصفها، أو ثلثها. أما إذا لم يكن على رأسهما موضحتان - فليس إلا أخذ الأرش.

وقد زاد الإمام في التصوير أن تكون الموضحتان طريقين؛ فإنهما إذا جَفَّتَا وأخذتا في الاندمال لم يتأت الضبط.

والقاضي الحسين فرض إمكان التصوير بما إذا كانتا مندملتين.

وقيل: محلها[(٢)] على التعميم، وعند عدم الموضحتين يقتص - على قول الوجوب - في القدر المستيقن[(٣)] ويكف عن محل الإشكال، [وهذا ما جزم به][(٤)] الإمام، والقاضي الحسين.

والطريق الثاني: القطع بالمنع، وعلى ذلك جرى العراقيون، من القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، والمحاملي، والبندنيجي [وغيرهم إلا][(٥)] الشيخ أبا حامد؛ فإنه قال: يمكن - عندي - القصاص في المتلاحمة. وذكر صورة الإمكان كما حكيناها من قبل.

ثم القائلون بهذا الطريق تحزبوا:

فمنهم من نسب المزني إلى الوهم، قال الماوردي: وهذا لا وجه له؛ لأن المزني أضبط من نقل عن الشافعي - رضي الله [عنهما][(٦)] - وأثبتهم رواية.

وقال الماسرجسي: كان الشافعي يعلق القول في المسألة، ويقول بوجوب القصاص إن أمكن[(٧)] ، [ثم][(٨)] بان أنه لا إمكان؛ فقطع القول بالمنع.

ومنهم من حمل النصين على حالتي الإمكان وعدمه، وهو ما صار إليه أبو إسحاق وابن أبي هريرة وأكثر أصحابنا، كما حكاه الماوردي.

وحكم ما عدا الباضعة والمتلاحمة مما[(٩)] دون الموضحة - حكمها؛ كما

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: محلهما.
(٣) في ج: المستبين.
(٤) في ج، د: وكهذا جزم.
(٥) في ج: لا.
(٦) في أ: عنهم، وسقط في د.
(٧) في أ: أنكر.
(٨) طمس في ج.
(٩) في ج: فيما.

صرح به الماوردي والفوراني والمتولي، وقال: إن الحكم كذلك فيما إذا قلنا: يجب القصاص في جرح العضد ونحوه، و[إن][١] لم ينته إلى العظم.

والإمام والروياني قالا بجريان ما ذكرناه في الباضعة والمتلاحمة في[٢] السمحاق.

وحكى الإمام في الحارصة القطع بأن[٣] لا قصاص [فيها][٤] ؛ لأنه [لا][٥] وقع لها، ولا يفوت[٦] بها شيء، وأن الشيخ أبا محمد تردد في الدامية، وأن ميل القفال إلى تنزيلها منزلة الحارصة.

وفي وجوب القصاص بقطع بعض المارن والأذن من غير إبانة اختلاف مرتب على الخلاف في الباضعة والمتلاحمة، والأصح في «النهاية»: الوجوب؛ لإحاطة الهواء بهما، وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبين، ويقدر المقطوع بالتجزئة؛ كالثلث والربع، ويستوفى من الجاني مثله، ولا ينظر إلى مساحة المقطوع.

قال: وإذا أوضح رجلاً في بعض رأسه، وقدر الموضحة يستوعب [جميع][٧] **رأس الشاج - أوضح جميع رأسه**؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] والقصاص: المماثلة، ولا يمكن في الموضحة إلا بالمساحة، وقد استوعبت المساحة رأسه؛ فوجب.

وقال أبو علي الطبري: لا يجاوز مثل محله [بل][٨] يستوفيه، ويأخذ الأرش لما بقي، وبهذا جزم الماوردي والقاضي الحسين؛ لأنا نراعي في ذلك التسمية؛ وهي مختلفة.

وقد حكى ابن الصباغ، عن ابن أبي هريرة رواية الوجهين، وأنه صحح الثاني، لكن الذي حكاه المحاملي عن الشافعي الأول؛ لأن لكلٍّ رأسًا؛ فجاز أخذ القصاص فيه، وهو الذي جزم به الفوراني أيضًا، وصححه القاضي أبو الطيب، وقال: إن نص الشافعي في «الأم» يدل عليه.

ولا خلاف أنه إذا كان قدر الموضحة لا يستوعب جميع رأس الشاج، وأمكن

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: و.
(٣) في ج، د: بأنه.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج، د: يقوم.
(٧) سقط في التنبيه، أ، د.
(٨) سقط في أ.

استيفاؤها من غير مجاوزة ذلك المحل - لا يجوز استيفاؤها من غيره، لكن هل يشترط أن يبدأ من الموضع الذي (1) [انتهى إليه الجاني، ويختم بالذي (2) بدأ به الجاني]؟ (3) فيه وجهان؛ أصحهما - عند الماوردي، وبه قال جمهور الأصحاب؛ كما قال؛ وبه جزم أبو الطيب-: الثاني، وإذا قلنا بالأول، وأشكل الحال رجع إلى الجاني.

ثم كيفية الاستيفاء - في هذه الحالة - أن يحلق موضع الموضحة من رأس الجاني؛ إن كان وقت الجناية على [رأس المجني عليه] (4) شعر، ويعلم على قدر المستحق طولاً وعرضًا بسواد، أو غيره، ويشد شدًّا وثيقًا (5) بحيث لا يتحرك، ويقتص منها، قال الرافعي: ولو لم يكن على رأس المشجوج شعر وقت الجناية، وكان الشعر على رأس الجاني - فلا يمكن القصاص؛ لما فيه من إتلاف الشعر الذي لم يتلفه، وعزا ذلك إلى نصه في الأم، وأنه لا يؤثر التفاوت في خفة الشعر وكثافته.

ولو كان رأس المشجوج أقل من رأس الشاج، وقد أوضح جميع رأسه - قال في «المهذب»: للمجني عليه أن يقتص بقدر رأسه، من أي جهة شاء. وإن بعض الأصحاب قال: لا يجوز أن يستوفي بعضها من جهة، وبعضها من جهة أخرى.

ثم قال الشيخ: ويحتمل - عندي - أنه يجوز؛ لأنه لا يجاوز محل الجناية، ولا قدرها، نعم، لو قال أهل الخبرة: إن في ذلك زيادة ضرر أو شين، منع لذلك.

وما حكاه عن بعض الأصحاب به جزم الماوردي، وهو قياس تخريج [ابن سريج] (6) في أن بعض الموضحة إذا تعذر استيفاؤه، يجب فيه أرش الموضحة؛ كما سنذكره، وما أبداه الشيخ قد حكاه البغوي وجهًا، [وهو قياس المذهب في أنه لا يجب في بعض الموضحة إلا قدره من أرشها] (7).

وقد حكى الماوردي وجهًا [في هذه الصورة: أنه يشترط البداية من الموضع الذي بدأ منه الجاني.

---

(1) زاد في د: بدأ به الجاني أو له أن يبدأ من الموضع الذي.
(2) في د: بالموضع الذي.
(3) سقط في د.
(4) في د: يبقى.
(5) في د: الثاني.
(6) في جـ، د: ابن أبي هريرة.
(7) سقط في د.

وحكى الإمام وجهًا][(١)] ثالثًا: أن الخيرة في هذه الصورة إلى الجاني حتى يمكن [من][(٢)] القصاص من[(٣)] أي جانب شاء، ثم قال: وهو متجه لا بأس به.

قال: وإن زاد حقه على جميع رأس الشاج، أي: مثل أن كانت مساحة رأس الشاج خمسة عشر إصبعًا، ومساحة رأس المشجوج عشرون - أوضح جميع رأسه؛ لما ذكرناه.

قال: وأخذ الأرش فيما بقي بقدره[(٤)]؛ لأنه لا يمكن النزول إلى الوجه ولا إلى القفا؛ لأنه لا قصاص في غير العضو الذي جنى عليه، وإذا تعذر القصاص فيما زاد تعين[(٥)] أرشه؛ وهو في مثالنا ربع أرش الموضحة، وإنما كان ذلك؛ لأن الجميع موضحة واحدة، وهذا بعضها.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه يجب فيه تمام أرش الموضحة؛ لأنه لو انفرد ذلك القدر لوجب له أرش موضحة كاملة؛ فكذلك هاهنا.

والحكم فيما إذا جرح عضده أو ساقه أو فخذه، وقلنا بالمنصوص - كالحكم الذي ذكرناه في الموضحة في الرأس.

تنبيه: الشاج: بتشديد الجيم، ويقال: شجه يشجه، بضم الشين - [في المضارع][(٦)] - وكسرها - شجًّا؛ فهو مشجوج وشجيج، والجارح شاج؛ وهي الشجة، وجمعها: شجاج.

فرع: لو زاد المقتص في الموضحة على القدر[(٧)] الواجب له، فإن كان سبب الزيادة تحرك المقتص منه؛ فذلك هدر، وإن لم يكن منه سبب:

فإن فعله عمدًا - فعليه القصاص، بعد اندمال الموضحة التي جناها الجاني.

وإن كان خطأ - فوجهان:

أحدهما - وهو الذي حكاه القاضي أبو الطيب، والمحاملي، وابن الصباغ-: أنه يجب عليه [جميع][(٨)] أرش الموضحة؛ لأن قدر الزيادة لو انفرد؛ كان موضحة، ولا يمكن بناؤه على الأول؛ لأن ذلك استيفاء حق، وهذا فعل على وجه التعدي، فانفرد بحكمه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في جـ: في.
(٤) في جـ: لقدره.
(٥) في جـ، د: بعِّض.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في جـ: قدر.
(٨) سقط في جـ، د.

والثاني - حكاه القاضي الحسين، مع الأول-: أنه يجب بقدره من أرش الموضحة باعتبار التوزيع، وهذا اختيار القفال أولاً، قال الفوراني: ثم رجع عنه إلى الأول.

ولو اختلفا في أنه تعمد ذلك أو(١) أخطأ فيه - فالقول قول الفاعل.

ولو اختلفا في أن سبب الزيادة تحرك المستوفى منه، أو غيره(٢)، ففيمن القول قوله وجهان.

قال: وإن هشم رأسه؛ أي: مع الإيضاح - اقتص منه في الموضحة؛ لاشتمال جنايته عليها، وإمكان القصاص فيها؛ كما إذا قطع يده من وسط الساعد؛ فإن له أن يقتص منه في الكف.

قال: ووجب الأرش فيما زاد؛ لتعذر القصاص فيه، وصار(٣) هذا؛ كما لو أتلف على إنسان قفيزين من طعام، فوجد عنده أحدهما؛ فإنه يأخذه، وينتقل في الآخر إلى قيمته.

والأرش هاهنا ما بين أرش الموضحة والهاشمة(٤)، وهو خمس من الإبل.

وهكذا(٥) الحكم فيما لو كانت الجناية مُنقِّلة، أو مأمومة، أو دامغة، لكن الأرش في المنقلة عشر من الإبل، وفي المأمومة والدامغة ثمانية وعشرون وثلث.

ولو أراد المجني عليه أن يقتص في بعض الموضحة، ويأخذ الأرش عن باقي الموضحة؛ فهل له ذلك؟ فيه وجهان في «النهاية»:

أحدهما: نعم؛ لأن الذي أفرده بالقصاص قابل له؛ فأشبه ما لو قطع له أصبعين، فأراد القصاص في أحدهما، وأخذ دية الآخر.

وأصحهما في الرافعي، وبه أجاب في التهذيب: المنع.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ وغيره من الأصحاب يفهم أنا لا نراعي تساوي الموضحتين في السمك والعمق؛ كما راعينا تساويهما في الطول والعرض، وبه صرح القاضي أبو الطيب.

وحكى المحاملي، والقاضي الحسين وغيرهما عن أبي إسحاق المروزي أنه

---

(١) في جـ: و.
(٢) في أ، د: غيرها.
(٣) في د: فصار.
(٤) في د: فالهاشمة.
(٥) في د: هذا.

قال: يراعى تساويهما في السمك والعمق ولا يشق شعيرتين بشعيرة قال الإمام: وهو غلط. والقاضي قال: إنه [١] واهٍ؛ لأنا لو راعينا هذا - لأدى [ذلك][٢] إلى سد باب القصاص في الموضحة [ولا][٣] وجه لإسقاطه.

قال: وأما الأعضاء، أي: التي أجملنا وجوب [٤] القصاص فيها ودللنا عليه، فيجب [٥] **في كل ما يمكن القصاص فيه من غير حيف**؛ أي: ميل وظلم - كما نفصله - لإمكانه.

قال: فتؤخذ [٦] **العين بالعين** [٧]؛ للآية فتؤخذ اليمين باليمين، واليسار باليسار؛ عملاً بالمعادلة، ومفهوم هذا اللفظ [أن][٨] اليسار لا تؤخذ باليمين، وبه صرح الأصحاب؛ قياسًا على ما لو قطع يمين شخص، ولا يمين للجاني؛ فإنه لا يقتص منه في يساره.

قال: ولا تؤخذ [٩] **صحيحة بقائمة**، أي: وهي التي ذهب ضوءها، وبقي بياضها وسوادها بحاله؛ لأنه [يأخذ][١٠] أكثر من حقه، وتؤخذ القائمة بالصحيحة؛ أي: إذا رضي المجني عليه؛ لأنه يأخذ أقل من حقه.

قال: وإن أوضحه - أي: في رأسه؛ كما صرح به المحاملي، والقاضي الحسين، والإمام، فذهب ضوء عينه - وجب فيه - أي: في ضوء العين، القود على المنصوص - أي: في «المختصر» لأنه لا يمكن إتلافه بالمباشرة؛ فوجب القصاص فيه بالسراية [١١]، كالنفس.

قال: غير أنه لا يمس الحدقة؛ لأنه لم يجن عليها؛ فلم يقتص منها، فعلى هذا إن أراد القصاص في الموضحة، وضوء العين أوضحه؛ كما أوضح، فإن ذهب ضوء العين بذلك - فقد حصل القصاص فيها على الصحيح [١٢] كما سنذكره من بعد، وإن لم يحصل فقد حصل استيفاء القصاص في الموضحة، وطريق استيفائه في الضوء يأتي.

---

(١) في د: وهو.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: وهو.
(٥) زاد في التنبيه: القصاص.
(٦) في التنبيه: فيؤخذ.
(٧) زاد في التنبيه: اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى.
(٨) سقط في د.
(٩) في التنبيه: يؤخذ.
(١٠) سقط في د.
(١١) في جـ: بالجناية إنه.
(١٢) في د: الصريح.

تنبيه: الضوء: مهموز، مفتوح الضاد ومضمومها، حكاهما الأصمعي وابن السِّكِّيت وابن قتيبة والجوهري، وهو: الضياء.

والحدقة هي: السواد الأعظم الذي في العين، وأما الأصغر فهو الناظر وفيه إنسان[١] العين.

والمقلة: لحم العين الذي يجمع السواد والبياض، ذكره ابن قتيبة في أدب الكاتب.

وجمع الحدقة: حِداق، ويقال: حَدَق.

والجفن بفتح الجيم.

قال: وخرج فيه قول آخر: [أنه لا يقتص منه][٢] أي: من نصه فيما إذا قطع إصبعًا من كف؛ فسرى إلى الكف؛ فسقط على أنه لا يجب في الكف قصاص؛ إذ [٣] كل واحد منهما سراية [فيما][٤] دون النفس.

ووجهه فيهما: أن السراية من جهته [٥] خطأ.

قال الشيخ في المهذب، وابن الصباغ: وهذا من تخريج أبي إسحاق المروزي، ولم يخرج من نصه هنا إلى مسألة الكف أنه يجب فيها القصاص، وهذا ماحكاه الرافعي عن العراقيين عنه.

وفي تعليق القاضي أبي الطيب، ومجموع المحاملي: أنه [خرج من مسألة الضوء إلى مسألة الكف قولاً: أنه][٦] يجب القصاص، وجعل المسألتين على قولين، وصحح المحاملي قول الوجوب فيهما[٧].

وهذه الطريقة حكاها الشيخ أبو عليّ عن بعض الأصحاب، ولم يسمه؛ فلعله أراد أبا إسحاق، ويعضده أن الماوردي قال: إن غيره لم يساعده على التخريج.

وفي «الرافعي» أنه قيل: إن المزني قال بهذه الطريقة وأنه [٨] كان يختار القول الأول في مسألة الضوء.

وبالجملة فالذي صار إليه سائر الأصحاب - كما قال القاضي أبو الطيب،

---

(١) في جـ: سواد.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: أي.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ، د: جنايته.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: فيها.
(٨) في أ: إن.

والمحاملي، وجزم به القاضي الحسين [١] إجراء النصين على ظاهرهما، وفرقوا بأن الأجسام تنال بالجناية [فالجناية] [٢] على غيرها لا تعد قصدًا إلى تفويتها [،واللطائف لا تباشر بالجناية، وطريق التوصل إلى تفويتها] [٣] الجناية [٤] على محلها، أو ما يجاوره [٥]، ويتعلق به؛ فلذلك تعلق به القصاص كالنفس.

وقياس هذا الفرق أن يقال: لو جنى على رأسه؛ فذهب عقله، أو على أذنه؛ فذهب سمعه، أو على أنفه؛ فذهب شمه - أن القصاص واجب على الصحيح.

وقد جزم [٦] في «المهذب» [٧] بأنه لا يجب؛ لأن هذه المعاني في غير محل الجناية؛ فلا يمكن القصاص فيها.

وقال الرافعي: إن التوجيه يشكل بمسألة الضوء، والتعليل الصحيح أن يقال: لا يجب القصاص؛ لأنه غير مقدور.

وقد وافق الشيخ - على ما ادعاه من الحكم في الصور الثلاثة - البندنيجي، وطرده في غيرها؛ حيث قال: كل جناية سرت إلى ما دون النفس، لا قصاص في السراية، إلا في مسألة العين.

وكذلك القاضي الحسين؛ حيث قال: كل قصاص يجري في النفس يجري في الطرف إلا في شيئين:

أحدهما : القود في النفس يجب بالسراية، وفي الطرف لا يجب بالسراية، وإنما يجب بإتلاف [٨] عينه إلا في إذهاب البصر.

وحكى الإمام عن الأصحاب تفريعًا على أن الأجسام لا يقتص منها بالسراية؛ أنهم نزلوا لطيفة السمع منزلة لطيفة البصر؛ يعني: إذا ذهب بإيضاح الرأس، وأنه لا يبعد أن يلحق [٩] بهما منعقد [١٠] الكلام، وأن صاحب التقريب نص على إلحاق لطيفة البطش إذا زالت عن [١١] بعض الأعضاء، بلطيفة البصر، وأن شيخه أبدى في ذلك ترددًا، وقال في قطع إلحاقه بالبصر: إن إزالة البطش بالسراية تعسر

---

(١) زاد في د: في.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ، د: بالجناية.
(٥) في أ: يجاوز.
(٦) زاد في جـ: فيه.
(٧) في جـ: التهذيب.
(٨) في جـ: بإتلافه.
(٩) في جـ، د: يلتحق.
(١٠) في جـ: معتقد.
(١١) في جـ، د: من.

عسر إزالة الأجرام؛ بخلاف لطيفة البصر؛ فإنها ألطف المعاني؛ فلذلك أثرت الجنايات فيها، وأن الأصحاب ترددوا في العقل، ووجه [(١)] التردد أنه من وجه: لطيفة، ومن وجه: يبعد تناوله والاستمكان من إزالته.

ثم قال: وأحرى اللطائف البصر والسمع، ويليهما الكلام، ويلي الكلام البطش، وأبعد المعاني عن الإزالة العقل، والأصحاب مترددون في جميعها.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ وغيره يقتضي أنه لا فرق في إيجاب القصاص في الصورتين [(٢)] أن تكون الموضحة تسري إليه غالبًا أم لا[(٣)].

[وقد قال][(٤)] الشيخ أبو حامد فيما لو أوضحه بما يوضح غالبًا، ولا يقتل غالبًا؛ [فمات من][(٥)] تلك الجراحة-: إنه لا يجب القصاص في النفس، وقضية ذلك أن يقال بمثله في الضوء، لكن ابن الصباغ استبعد[(٦)] ما قاله الشيخ أبو حامد؛ كما حكاه الرافعي؛ لأن هذه الآلة إذا كانت توضح في الغالب كانت كالحديد[(٧)].

قال: ويؤخذ الجفن بالجفن؛ لانتهائه إلى مفصل، وقيل: لا قصاص فيه.

قال[(٨)]: الأعلى بالأعلى، والأسفل بالأسفل، واليمين باليمين، واليسار باليسار؛ عملاً بالمعادلة. ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير، وبالعكس.

تنبيه: قال النواوي: [كان][(٩)] ينبغي أن يقول: الأيمن بالأيمن، وتأويل ما ذكره أن تقديره[(١٠)]: وذو اليمين بذي اليمين؛ بحذف [(١١)] المضاف، وهذا شائع معروف.

قال: ويؤخذ المارن بالمارن؛ أي: بكسر الراء، وهو: ما لان من لحم الأنف، والمنخر بالمنخر؛ لإمكان القصاص فيهما، ويؤخذ أيضًا الحاجز بينهما بالحاجز.

والمنخر: بفتح الميم، وإسكان النون، وكسر الخاء، وبكسر الميم والخاء لغتان مشهورتان، ومنخور: لغة ثالثة حكاها الجوهري.

قال: فإن [(١٢)] **قطع بعضه قدر ذلك بالجزء كالنصف والثلث، فيؤخذ مثله به؛** رعاية للمعادلة.

---

(١) في أ: وجهه.
(٢) في أ: الضوءين.
(٣) زاد في د: يجب القصاص.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: كما تبين.
(٦) زاد في جـ: و، وفي د: وا.
(٧) في أ: كالحديدة.
(٨) زاد في د: ويؤخذ.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: تقريره.
(١١) في جـ: فيحذف.
(١٢) في التنبيه: وإن.

قال الأصحاب: ولا يقدره بالمساحة كما قلنا في الموضحة؛ لأنه قد يكون أنف الجاني صغيرًا وأنف المجني عليه كبيرًا؛ فيؤدي إلى أخذ جميع المارن ببعضه، وذلك ممتنع بخلاف الموضحة؛ فإن الرأس بعد استيفائها باق في كل حالة.

وحكى البغوي عن أبي إسحاق المروزي أنه لا قصاص في بعضه.

قال: وإن جدعه، أي: قطع المارن والقصبة، أو بعضها - اقتص في المارن؛ لدخوله في الجناية، وإمكان القصاص فيه، وأخذ الأرش، أي: وهو: الحكومة، في القصبة؛ لتعذر القصاص فيها، والحكومة في هذه الصورة تكون أكثر من دية منقِّلة؛ كما صرح به الماوردي؛ لأنه لو لم يقطع القصبة، لكن نقلها، وجب عليه دية منقلة، وكذلك لو هشمها أو أوضحها، وجبت دية هاشمة أو موضحة.

والجدع - بفتح [١] الجيم والدال المهملة-: ما ذكرناه.

ويقال أيضًا لقطع الأذن والشفة واليد [٢] جَدَعَهُ، يجدَعُهُ فهو أجدع، وهي جدعاء[٣].

قال: ويؤخذ الصحيح بالمجذوم إذا لم يسقط منه شيء؛ لتساويهما في الخلقة، والجذام مرض، فلا يمنع القصاص؛ كسائر الأمراض.

وفي «التهذيب» أن الحكم كذلك فيما إذا لم يسودَّ العضو، أما إذا اسودَّ فلا قصاص فيه؛ لأنه دخل في حد البلى، ويكون الواجب فيه الحكومة، فإن سقط منه شيء قبل الاسوداد روعي ما ذهب منه وما بقي، فإن أمكن القود فيه استوفي؛ كما إذا ذهب أحد المنخرين وبقي الآخر، وإن لم يمكن، [كما إذا كان الساقط مقدمه، قال الماوردي: سقط؛ لأنه لا يمكن][٤] استبقاء الأرنبة مع القود فيما بعدها.

---

(١) في أ، ج، د: بكسر. (٢) زاد في ج: يقال.

(٣) قوله: وإن جدعه أي: قطع المارن والقصبة أو بعضها اقتص في المارن.
ثم قال: والجدع - بكسر الجيم والدال المهملة - ما ذكرناه.
ويقال أيضًا لقطع الأذن والشفة واليد: جدعه يجدعه فهو أجدع وهي جدعاء انتهى كلامه.
وما ذكره من كون الجدع -بكسر الجيم- غلط إنما هو بالفتح، وهذا الكلام كله نقله عن اللغات للنووي، إلا كونه بكسر الجيم فإنه لم يذكره. [أ و].

(٤) سقط في أ.

قلت: وهذه العبارة تفهم أن مقدمة أنف الجاني لو سقطت لم يكن للمجني عليه القصاص فيما بقي، وهو موافق لما ظنه بعض الأصحاب أن الشافعي أسقط القصاص فيه، إذا سقط بعضه بالجذام، وإن كان نقصان أنف القاطع مثل نقصانه. وقال الإمام: إنه غلط.

وعلى هذا فالقياس يقتضي أن نقول: يقتص منه في هذه الحالة؛ كما نقول فيمن قطع أنملة وسطى من أصبع رجل، وله أنملة عليا - فإنا لا نقتص منه، فإذا سقطت أنملة الجاني العليا [فإنا نقتص][1] منه في الوسطى، وعلى تقدير أن يكون الحكم كذلك فالعبارة الوافية بالمقصود أن نقول: لم يستوف [منه][2]، على أن في مسألة الأنملة وجهًا للقفال: أنه لا قصاص فيها ولو سقطت العليا.

وقال الإمام: إنه لا يجري فيما إذا كان الجاني [قد][3] قطع الأنملة العليا من شخص، ثم الأنملة تحتها من شخص آخر؛ فإن العليا كأنها مقطوعة؛ بسبب أنها مستحقة لصاحب العليا.

قال: ويؤخذ غير الأخشم بالأخشم، أي: الذي لا يشم؛ لتساويهما في السلامة، وعدم الشم نقص في غيره وهو الدماغ.

قال: وتؤخذ[4] **الأذن بالأذن**؛ للآية، والبعض بالبعض، والصحيح - أي: أذن الصحيح - بالأصم، والأصم بالصحيح[5]؛ لما بيناه في الأنف.

وقيل: لا قصاص في بعضها، وعزاه في «التهذيب» إلى أبي إسحاق.

قال ابن يونس: وقال ابن الصباغ: إنه أقيس.

والذي رأيته في «الشامل»: أن الأول أقيس، وهو ما حكاه عن الشيخ أبي[6] حامد.

قال: ولا تؤخذ الصحيحة بالمخرومة[7]؛ أي: التي سقط بعضها؛ لأنها دونها، ويثبت للمجني عليه الخيار بين أن يقتص إلى موضع الخرم، ويترك الباقي[8]، ويأخذ ديته؛ بناء على جواز القصاص في بعض الأذن، وبين أن يأخذ الدية[9] إلا ما يقابل قدر النقصان.

---

(١) في د: اقتص.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في التنبيه: يؤخذ.
(٥) في د: بالأصح.
(٦) في أ: عن.
(٧) في جـ: المخرومة.
(٨) في د: الثاني.
(٩) في د: به.

قال: وتؤخذ بالمثقوبة؛ أي: التي لم يسقط منها شيء، سواء اتسع الثقب أو لا؛ إذ الثقب ليس نقصًا، بل زينة، وهذا نصه.

وصور الخراسانيون ذلك بأذن النساء، قال الرافعي: ولا اختصاص له بهن، لكنه فيهن أغلب؛ فلذلك ذكروه.

وحكى ابن يونس عنهم أنهم حكوا فيها وجهًا آخر: أن ذلك بمنزلة الخرم.

قال: ويؤخذ الأنف الصحيح والأذن الصحيحة بالأنف المستحشف، أي: بكسر الشين، وهو اليابس، مأخوذ من حشف التمر. والأذن الشلاء، أي: بالمد، وهي اليابسة - في أصح القولين - لأنهما متساويان في المنفعة، ولا يؤخذان في الآخر؛ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء.

قال: وتؤخذ [(١)] **السن بالسن**؛ للآية، ويقتص من البيضاء بالسوداء والخضراء، ومن سن الشاب بسن الشيخ، ومن القوية بالضعيفة، ومن الكبيرة بالصغيرة، ومن المشدة بالمتحركة إذا كانت منافعها باقية، كذا أطلقه الأصحاب، وسنذكر قولين فيما إذا قلع مثل هذا السن؛ هل تكمل فيه الدية أم لا؟ فإن لم تكمل فيه، فيظهر ألا نوجب على قوي السن أن يقلعها قصاصًا.

قال: ولا تؤخذ [(٢)] **سن بسن غيرها**؛ لاختلافهما [(٣)] في الاسم والمنفعة.

ولا قصاص في بعض السن؛ كما صرح به في «التهذيب» وغيره؛ بناء على أن كسر العظام لا قصاص فيه؛ لعدم الضبط.

وفي «المهذب» و«الحاوي» أنه إذا كسر سنه، وأمكن أن يكسر من الجاني مثل كسره - اقتص منه، وإن لم يمكن فلا قصاص.

وقد عزا القاضي ابن كج ذلك إلى نص الشافعي في الأم.

وصور ابن يونس الإمكان بأن يكون قد كسر نصف السن بالطول.

قال: ويؤخذ اللسان باللسان؛ للآية، مع أن له حدًّا ينتهي إليه؛ فأشبه الأنف؛ وهذا قول أبي عليّ بن أبي هريرة، واختاره الماسرجسي؛ كما حكاه القاضي أبو الطيب، وقال أبو إسحاق: لا قصاص فيه[(٤)]؛ لأن أصله لا يمكن استيعابه إلا بقطع غيره.

---

(١) في التنبيه: يؤخذ. (٢) في التنبيه: يؤخذ. (٣) في أ، جـ: لاختلافها.

(٤) قوله: قال يعني الشيخ: ويؤخذ اللسان باللسان للآية مع أن له حدًّا ينتهي إليه؛ فأشبه الأنف. =

قال ابن الصباغ: وهذا أقيس.

واللسان يذكر ويؤنث؛ فمن ذكر - قال: جمعه: ألسنة؛ كأخمرة، ومن أنث - قال: ألسن؛ كأذرع.

[قال: فإن أمكن أخذ البعض بالبعض، [أي](١) : كالنصف بالنصف، والثلث بالثلث؛ أخذ، وهل ذلك ممكن؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم.](٢)

قال: ولا يؤخذ لسان ناطق - أي: بتنوين «لسان» - بلسان أخرس؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه؛ إذ الخرس نقص في اللسان، ويؤخذ الأخرس بالناطق؛ لأنه يأخذ دون حقه، ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع؛ إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره، وإلا لم يقطع، وإن بلغ أوان التكلم، ولم يتكلم - لم يقطع به لسان المتكلم.

قال: وتؤخذ الشفة بالشفة؛ [لأن لها نهاية مضبوطة، ثم حد الشفة](٣) في عرض الوجه: إلى الشدقين، وفي طوله أوجه حكاها الإمام:

أحدها: أنه المتجافي إلى محل الارتتاق(٤)، وموضع الارتتاق(٥) من الأعلى يقرب من الوترة، ومن الأسفل يقع في محاذاة نهاية العنفقة.

والثاني: أنه الذي يستر عُمُورَ الأسنان.

والثالث - عن الشيخ أبي محمد، ويحكى عن نصه في «الأم»، وبه حد أكثر المتكلمين في الشفة - أنه الذي ينبو عند الانطباق؛ كما أنه يراعى هذا القدر في الشفرين.

والرابع: أنه القدر الذي لو قطع لم تنطبق الشفة للأخرى.

وقال في «المهذب»: هي ما جاوز جلد الذقن والخدين علوًا [وسفلا](٦)،

= وقال أبو إسحاق: لا قصاص فيه. انتهى كلامه.

وأشار - رحمه الله - بالآية إلى قوله - تعالى-: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ...﴾ إلى آخرها، فإنه استدل بها أولًا ثم أحال عليها في العين والأنف وغيرهما والاستدلال المذكور سهو؛ فإن الآية الكريمة ليس فيها تعرض إلى اللسان، وهل يمكن أن يخالف فيه مخالف إذا كان مذكورًا فيها؟! [أ و].

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: الإرتاق.
(٥) في أ: الارتياق.
(٦) سقط في د.

وهذا ما حكاه في «الحاوي»، عن نصه في «الأم»، لكنه زاد فيه: مما ارتفع عن الأسنان واللثة.

قال: العليا بالعليا، والسفلى [بالسفلى][(١)]؛ طلبًا للتساوي.

قال: وقيل: لا قصاص فيهما [(٢)]؛ لأنهما لا ينتهيان إلى عظم؛ فأشبها الباضعة، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وأبو محمد، والأول هو المنصوص في «الأم»؛ كما حكاه في «التهذيب» و«الحاوي».

قال: وتؤخذ اليد باليد، والرجل بالرجل، والأصابع بالأصابع، والأنامل [بالأنامل][(٣)]، **والكف بالكف، والمرفق بالمرفق، والمنكب بالمنكب؛ إذا لم يخف من جائفة**؛ لأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف؛ فأشبه ما نص عليه [صاحب][(٤)] الشرع.

وحكى الإمام أن في بعض «تعاليق» شيخه وجهًا بعيدًا: أنه لا قصاص في المرفق، ثم قال: وهذا أحسبه غلطًا من المعلق، ولو صح فلعل سببه أنه لا تؤمن الزيادة؛ لأجل تداخل عظم في عظم.

وحكى فيما إذا قطع الجاني العضو، وأجاف، وقال أهل هذا الشأن: إنه يمكننا أن نقطع يد [(٥)] الجاني ويجيفه، مع الاقتصار على مثل تلك الجائفة - أن الذي ذكره الأصحاب في الطريقين: أنا نستوفي القصاص، وليس هذا إجراء قصاص في الجائفة، وإنما محل القصاص اليد وليست الجائفة مقصودة. واستشكله[(٦)]، [ثم][(٧)] حكى عن شيخه القطع بأنه لا قصاص، وهو ما ادعى الرافعي أنه المشهور، ومقابله هو المجزوم به في «تعليق» القاضي الحسين.

وهكذا [(٨)] القصاص يجري في الفخذ بالفخذ؛ إذا لم يخف من جائفة، ويعرف ذلك بقول أهل الخبرة.

ثم ظاهر كلام الشيخ يفهم أن احتمال خوف الجائفة موجود عند إزالة المنكب، وكلام القاضي أبي الطيب يأباه؛ فإنه قال: إذا قطع من المنكب، فإن

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: فيه.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: به.
(٦) في أ: استشكل.
(٧) سقط في ج.
(٨) في د: هذا.

اقتلع [منه][(١)] عظم الكتف، وهو المشط - سئل أهل الخبرة؛ فإن قالوا: إذا اقتلع منه لا تصير جائفة، فإنه يقتص منه، [وإن قالوا: تصير جائفة، فالقصاص في ذلك الموضع لا يجب، وله أن يقتص منه][(٢)] في ذلك المنكب، ويأخذ الحكومة في العظم الذي اقتلعه. وظاهر هذا الكلام يدل على أنه لا يقتص فيما دون المنكب، وكذلك كلام البندنيجي؛ حيث قال: يأخذ القصاص في أقرب مفصل إلى الكتف[(٣)].

وقال المحاملي في «المجموع» في هذه الحالة: إنه بالخيار بين أن يقتص منه في مفصل الإبط [أو مفصل الكوع][(٤)] أو مفصل الذراع، ويأخذ حكومة في الباقي وكلام الماوردي، والشيخ في المهذب موافق له.

وهذا الاختلاف يقتضي إثبات وجهين في المسألة، وحينئذ يكونان [كالوجهين][(٥)] اللذين ذكرهما الأصحاب فيما إذا قطع يده من [(٦)] بعض العضد؛ فإنه لا قصاص في العظم، وله أن يقتص في المرفق، فلو أراد أن يقتص في الكتف[(٧)] فهل له ذلك؟ فيه وجهان حكاهما البغوي وغيره، واختار البغوي الجواز، وهو ما جزم به في «المهذب»، [وجزم][(٨)] في الإبانة بمقابله؛ وهو المحكي عن الشيخ الحسين الطبري، والذي ذكره ابن الصباغ، لكنه قال: وهذه المسألة لم يذكرها أصحابنا.

ثم على وجه الجواز؛ إذا قطع اليد من الكوع، هل له حكومة ما بين المقدور على قطعه إلى الموضع الذي قطعه؟ فيه وجهان، المذكور [منهما][(٩)] في «المهذب» و«الحاوي»: نعم[(١٠)].

وعن القفال: أنه استشهد لمقابله[(١١)] بما إذا التمست الثيب الجديدة أن يقيم عندها [سبعًا][(١٢)]، فأجابها؛ فإنه يقضي [(١٣)] جميع السبع للباقيات [(١٤)] - على

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الكف.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ، جـ: في.
(٧) في أ: الكف، وفي جـ: الكوع.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: الجواز.
(١١) في جـ: لذلك.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ: يتقضي.
(١٤) في جـ، د: الباقيات.

وجه - ثم [إن][1] أسقطنا[2] الحكومة في ذلك فهل تسقط في القدر الذي لم يقدر على الاستيفاء فيه؟ حكى الغزالي فيه وجهين، قال الرافعي: ولم أجدهما لغيره.

قال: وإن [3] **قطع اليد من الذراع اقتص في الكف**، قال الشافعي: لأنه أقرب إلى المماثلة؛ كذا حكاه البندنيجي، ولأنه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه.

قال: وأخذ الأرش في الباقي؛ لأنه كسر عظم، لا يمكن القصاص فيه؛ فتعين الأرش؛ وهو الحكومة، قال الماوردي: ولا يبلغ بها دية الكف، وهذا بخلاف ما لو قطع يده من نصف الكف؛ فإنه له أن يقتص في الأصابع، ولا أرش له؛ لأجل الباقي[4] على[5] أحد الوجهين في الشامل؛ لأن الكف كله تابع للأصابع؛ فلأن يتبعها بعضه أولى؛ وهذا تفريع على ظاهر المذهب في أنه لا قصاص في بعض الكف؛ كما قاله القاضي الحسين، أما إذا قلنا بأن فيه القصاص - كما أفهمه لفظ القاضي؛ وهو قياس قول صاحب التقريب في إيجاب القصاص في قطع بعض الكف - فيظهر أن يقال: ليس له قطع الأصابع؛ كما صرح به الأصحاب؛ فيما إذا قطع كفه، فأراد أن يلتقط الأصابع؛ أنه ليس له، وفيما إذا قطع يده من المرفق أنه ليس له القصاص في الكف؛ لإمكان وضع الحديدة في موضع وضعها الجاني، على أن في هذه الحالة وجهًا حكاه القاضي الحسين عن أصحابنا العراقيين: أن[6] له أن يقتص في الكف، ويأخذ الحكومة[7] في الباقي.

وفي «أمالي» أبي الفرج: أن له أن يعدل من مفصل إلى مفصل[8] دونه؛ فإنه كالمسامحة وترك بعض الحق.

ومثل هذه المسائل في الرِّجل، والساق كالذراع، والفخذ كالعضد، والورك كعظم الكتف، صرح به الشيخ وابن الصباغ والماوردي.

فرع: إذا قطع يده من الكف[9]، فالتقط المجني عليه أصابعه - عزر، وهل له أن يعود ويجز كفه؟ فيه وجهان؛ أصحهما في التهذيب: نعم، ومقابله هو نظير ما

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: اسقط.
(٣) في التنبيه: وإذا.
(٤) في د: الثاني.
(٥) في أ: في.
(٦) في أ: أنه لو، وفي د: إنه إن.
(٧) في أ، د: حكومة.
(٨) في أ، د: ما.
(٩) في د: الكتف.

جزم به الإمام فيما إذا قطع يده من مفصل؛ فاستوفى من الجاني دونه، وأراد أن يقتص من المفصل؛ كما أنه لو طلب حكومته لم يجب إليها، وإن كان البغوي قد أبدى في الحكومة احتمالاً لنفسه.

قال: ولا تؤخذ [١] **يمين بيسار، ولا يسار بيمين، ولا خنصر بإبهام، ولا أنملة بأنملة أخرى**؛ لأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن، فلم يؤخذ بعضها ببعض؛ كالعين بالأنف.

قال: ولا صحيحة بشلاء، [أي:][٢] وإن رضي؛ لأن الشلاء عضو مسلوب المنفعة؛ فلم يؤخذ به عضو كامل المنفعة؛ كالعين البصيرة لا تؤخذ بالعين العمياء؛ ولأن الصحيحة نصف الجملة، والشلاء ليست نصفًا؛ فأخذها استيفاء لأكثر من الحق، وهذا بخلاف الأذن الصحيحة؛ [حيث][٣] تؤخذ بالأذن الشلاء في أصح القولين: أن[٤] الأذن الشلاء مساوية للسليمة في المنفعة؛ لأنها تمنع من الهوام وتجمع الصوت؛ كالصحيحة سواء، وليس كذلك في مسألتنا.

ثم شلل اليد: بطلان بطشها، ولا يشترط معه سقوط الحِسِّ على الصحيح.

وعن الشيخ أبي محمد: أن الشلل ينافي [٥] الحِسَّ والحركة؛ ولذلك تسمى اليد الشلاء: ميتة.

وقد قال الأصحاب: إن الشلل مما يتصور زواله، وفرعوا عليه مسائل، وهذا يبين[٦] أن الشلل ليس موت العضو.

وحكى الرافعي، عن القاضي أبي الطيب وغيره: أنهم منعوا كونه ميتًا[٧]، وقالوا: لو كان كذلك لتغير.

والذي رأيته في «تعليق» القاضي أبي الطيب عند الاستدلال على القصاص[٨] في الأطراف، وفي المسألة التي تلي ما نحن فيه: أنها ميتة.

وحكم شلل [بعض الأصابع في منع القصاص - حكم شلل][٩] جميع اليد، لكن في هذه الحالة: للمجني عليه لقط مثل الأصابع التي كانت في كفه، وأخذ

---

(١) في التنبيه: يؤخذ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: لأن.
(٥) في جـ: في.
(٦) في د: بيَّن.
(٧) في أ، د: ميتة.
(٨) في د: القاضي.
(٩) سقط في أ.

الأرش عن باقي الأصابع التي حصل فيها الشلل، وهل [تجب][(١)] له بسبب الكف حكومة؟ فيه وجهان:

أصحهما: الوجوب فيما قابل المقتص فيه من الأصابع، وفيما قابل ما لم يقتص فيه؛ لأجل الشلل، وفي هذه الحالة جزم القاضي الحسين بعدم الاستتباع، وقال: تجب الحكومة؛ بخلاف ما لو امتنع القصاص في بعض الأصابع دون بعض، لا لأجل الشلل؛ فإن الصحيح وجوب الحكومة فيما قابل الأصابع المقتص فيها من[(٢)] الكف، وعدم وجوبها فيما قابل الأصابع التي أخذت ديتها من الكف عند المراوزة[(٣)]، وفرقوا بأن الحكومة ضعيفة فلا تستتبع؛ بخلاف الدية.

والعراقيون والماوردي جزموا بسقوط الحكومة فيما قابل ما أخذت عنه الحكومة من الأصابع؛ لأجل الشلل من الكف؛ كما جزموا بسقوطها إذا أخذت دية بعض الأصابع.

فرع: لو تعدى المجني عليه وقطع اليد السليمة بدون إذن الجاني؛ فهل يقع القطع موقع القصاص؟ قال الإمام: لا؛ لأن ذلك بمثابة قتل الحر بالعبد، والمسلم بالذميّ.

ولو مات الجاني من القطع في هذه الحالة؛ فهل يجب على المجني عليه القصاص؟ قضية ما قاله الإمام: إيجابه، وفي «تعليق» القاضي الحسين احتمال وجهين فيه.

ولو كان ذلك بإذن الجاني، قال الرافعي: نظر؛ إن أطلق، جعل المجني عليه مستوفيًا لحقه، ولم يلزمه شيء، وبهذا جزم القاضي الحسين في «تعليقه»، وقال بمثله فيما لو مات من ذلك القطع.

فإن قال: أقطعها[(٤)] عوضًا عن يدك؛ قصاصًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أن على المجني عليه [نصف الدية، وعلى الجاني الحكومة، وهذا ما أجاب به في «التهذيب».

والثاني: أنه لا شيء على المجني عليه][(٥)]، وكأن الجاني أدى عن الرديء

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عن.
(٣) في أ، جـ: الماوردي.
(٤) في د: أقطعهما.
(٥) سقط في د.

الجيد[١] وأخذه المستحق.

فرع آخر: سليم اليد إذا قطع يدًا شلاء، ثم شلت يده، ذكر الإمام أن شيخه قال: خرج القفال في الاقتصاص منه قولين، ثم رجع وقطع بالمنع، وهو الذي رآه الإمام مذهبًا.

والجواب في التهذيب: أنه يقتص منه.

وكذا [لو][٢] قطع يدًا ناقصة بأصبع، ثم سقطت تلك الأصبع من القاطع.

قال: وتؤخذ[٣] **الشلاء بالصحيحة**؛ لنقصانها عن حقه، ولا أرش له في هذه الحالة، صرح به القاضيان أبو الطيب والحسين.

ثم المسألة مصورة بما إذا قال أهل الخبرة: إن انسداد أفواه العروق ممكن، ولا يخشى من ذلك تلف النفس، أما إذا قالوا: إن قطعها يفتح العروق، ولا تنسد، ويخاف عليه التلف من نزف الدم - فلا يقتص منه؛ لأنه يؤدي إلى أخذ نفسٍ بطرف، وذلك ممتنع، صرح به العراقيون والماوردي والإمام.

وعن شرح مختصر الجويني نقل وجه عن أبي إسحاق: أن الشلاء لا تقطع بالصحيحة مطلقًا؛ لأن الشرع لم يرد بالقصاص[٤] فيها.

وفي الجيلي حكاية خلاف في الصورة الثانية، فإنه قال بعد تقرير كلام الشيخ من غير حمله على الحالة الأولى: وقيل: لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة إلا إذا قال أهل الخبرة: إن الشلاء إذا قطعت لا يخشى منها الهلاك. ولم أر ذلك في غيره.

ولو تساوت اليدان في الشلل ففي القصاص وجهان:

أحدهما - وهو محكي عن أبي إسحاق-: لا، [ووجهه بأن][٥] العلة في الأبدان تتفاوت، ولا يعرف منتهاها؛ فصار الشللان مختلفين، غير متماثلين؛ فسقط القصاص[٦] فيه.

والثاني - وهو قول ابن أبي هريرة وأكثر أصحابنا؛ كما قال الماوردي-: أن القصاص فيه واجب.

قال: ولا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه، وفي

---

(١) في د: الحيف.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: يؤخذ.
(٤) في أ: القصاص.
(٥) في د: ووجه ثانٍ.
(٦) في جـ: الضمان.

هذه الحالة له أن يقتص من أصابع الجاني التي كان للمقطوع [مثلها][١] صرح به العراقيون والماوردي، والمراوزة، وإذا فعل ذلك - وجب له حكومة ما قابل [المفقود من أصابعه قبل الجناية من الكف، وهل يجب له حكومة ما قابل][٢] الأصابع التي اقتص عنها؟ فيه وجهان في «المهذب»، وغيره، والإيجاب هو الراجح في الرافعي، والمنسوب إلى أبي إسحاق، ونسبه الماوردي - عند الكلام فيما إذا كان في كف المجني عليه أصبعان شلاوان، واقتص من ثلاثة أصابع - إلى منصوص الشافعي رضي الله عنه، ولم يحك [٣] في مسألتنا سواه؛ فإنه قال: للمجني عليه بعد القصاص في مثل ما له من الأصابع: أخذ [أرش الكف][٤] المستبقاة له، ولا يبلغ بأرشها دية أصبع؛ لأنها تبع الأصابع.

وإنما قلنا: إن هذا الكلام يقتضي الجزم بهذا الوجه؛ لأنه ذكر في موضع آخر أن الحكومة الواجبة بسبب الكف لا يبلغ بها دية أصبع، وهذا ظاهر النص في «المختصر»، كما حكاه القاضي الحسين؛ لأن الأصبع الواحدة مقدرة، والكف منتسب لها؛ فنقص حكومتها عن ذلك القدر.

وحكى معه وجهًا آخر: أنه يبلغ بحكومته دية أصبع، ولا يبلغ بها دية الأصابع الخمس.

وعلى هذين الوجهين يتخرج قدر الواجب من الحكومة الواجبة فيما قابل الأصبع[٥] المقتص منها من الكف:

فإن قلنا بما حكاه الماوردي، فإذا كان للمقتص منه ثلاث أصابع، فالحكومة تؤخذ عن ثلاثة أخماس الكف، فلا تبلغ حكومة ذلك أرش ثلاثة أخماس أصبع، وقد صرح به الماوردي.

وإن قلنا بالوجه الذي حكاه القاضي - فلا يبلغ بحكومته أرش ثلاثة أخماس جميع الأصابع[٦].

فرع: اليد التي لا أظفار لها - لا تقطع بها [اليد][٧] السليمة - عند العراقيين ونسبوه إلى النص؛ كما حكاه [٨] الإمام عنهم، لكن عن الشيخ أبي حامد وغيره:

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في د: يحل.
(٤) في جـ: الأرش عن الكف.
(٥) في جـ: الأصابع.
(٦) في د: الدية.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: حكى.

أنه تكمل فيه الدية.

وقال الإمام على سبيل الاحتمال: القياس جريان القصاص، وإن عدمت الأظفار، وهذا ما جرى عليه الغزالي، وترك المنقول الظاهر.

وفي صاحب «التهذيب» بقياس المنقول، وقال: تنقص عن الدية شيئًا.

فرع: إذا قطع أصبعًا له ثلاث أنامل، ومثله من يد الجاني فيه أربع أنامل؛ فهل يقطع به؟ قال القاضي الحسين في تعليقه: ينظر: فإن لم تزدد أصبع الجاني؛ بسبب زيادة الأنملة - اقتص منه[١]، وإلا فلا.

ولو قطع من له أربع أنامل في أصبع أنملة من أصبعه [٢] ثلاث أنامل - كان له [٣] القصاص، وأرش ما بين الثلث والربع من دية الأصبع، وهو خمسة أسداس بعير.

وإن قطع أنملتين اقتص منه في أنملتين، ووجب مع ذلك بعير وثلثان.

وإن قطع الثلاث، قطعت منه ثلاث أنامل، وغرم بعيرين ونصفًا.

ولو كان الجاني صاحب الثلاث:

فإن قطع أنملة، لم يقطع منه شيء، ووجب عليه ربع دية الأصبع.

وإن قطع أنملتين، قطعت منه أنملة، ووجب عليه تفاوت ما بين النصف والثلث من دية أصبع؛ وهو بعير وثلثان.

وإن قطع ثلاث أنامل قطع منه أنملتان، وغرم ما بين الثلثين، وثلاثة أرباع دية الأصبع، قال ذلك في «العدة»، وقال إنه إذا قطع جميع الأصبع، يقطع أصبعه ويجب عليه حكومة[٤].

قال: وتؤخذ الناقصة بالكاملة؛ لأن المأخوذ [٥] بعض حقه، ويأخذ [٦] **الأرش عن الأصبع الناقصة؛** لأن كل عضو أخذ قودًا إذا كان [موجودًا أخذت ديته إذا كان][٧] [مفقودًا][٨]؛ كما لو قطع أصابعه، وكان للقاطع [بعضها][٩].

وقد وافق الخصم - وهو أبو حنيفة - في أخذ الأرش هنا؛ كما حكاه

---

(١) في د: فيه.
(٢) في ج: أصبع.
(٣) في أ: به.
(٤) في د: حكومته.
(٥) في أ، د: الموجود.
(٦) في التنبيه: يؤخذ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.

المحاملي، وعلى هذا فالفرق بينه وبين أخذ الشلاء بالصحيحة؛ حيث لا أرش ثَمَّ إذا رضي بها: أن ثم الصورة كالصورة، والنقصان في الصفة لا يوجب أرشها؛ كقتل [(١)] الكافر بالمسلم، والعبد بالحر، وهاهنا النقص في الصورة والمعنى؛ فلذلك وجب الأرش.

قال: ولا يؤخذ أصلي بزائد؛ لزيادته[(٢)] على مستحقه، ولا زائد بأصلي؛ لاختلافهما في المحل؛ كما لا يقطع خنصر بإبهام، فلو كان الزائد في محل الأصلي جاز أخذه [به][(٣)] من غير أرش؛ كما يجوز أخذ الشلاء بالصحيحة، وقد حكى ابن الخلِّ [عن][(٤)] شيخه أنه قال: مراد الشيخ: أنه لا تقطع يد ذات الأصابع، وفيها واحدة زائدة بذات خمس أصلية، ولا ذات كفين أحدهما زائد بذات كف واحد؛ لزيادته على حقه، وعلى هذا يكون المنع في هذه المسألة والتي قبلها؛ لأجل الزيادة.

ويجوز له أن يلتقط الأصابع الأصلية، وفي دخول حكومة الكف في القصاص وجهان، أصحهما في «تعليق» القاضي أبي الطيب: عدم الدخول؛ فيجب.

وفي «ابن يونس» أن في بعض النسخ: ويؤخذ الزائد بالأصلي، وأنه يمكن حمله على ما إذا كان الزائد في ضمن الأصلي؛ كما لو قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة - كفَّ من له خمس أصابع أصلية؛ فإن له أن يقتص منه في الكف، ولا أرش له؛ لأن الزائدة كالأصلية في الخلقة.

فرع: إذا كان للجاني ستة أصابع، وللمجني عليه خمس أصليات - لم يجز له أن يقطع يده، وله التقاط الأصليات، [إن كانت الزائدة متميزة، ولا يؤدي التقاط الأصليات إلى تلف الزائدة، وإن كان يؤدي التقاطها][(٥)] إلى تلف الزائدة - التقط منها ما لا يؤدي إليه. ولو لم تتميز الزائدة [(٦)] عن الأصليات، وقال أهل الخبرة: لا ندري أن الزيادة متفرقة في الكل وشائعة فيها، أو هي واحدة من الست لا بعينها - كان له أن يلتقط ستًّا [(٧)]، فلو التقط خمسًا فلا شيء له، ولا عليه، وإن قال أهل الخبرة: الزيادة متفرقة في الكل؛ [بأن][(٨)] حصلت بها في كل أصبع أدنى

---

(١) في أ: كعقل.
(٢) في أ، جـ: لزيادة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: الزائد.
(٧) في د: شيئًا.
(٨) سقط في د.

زيادة، فليس له - في هذه الحالة - أن يلتقط شيئًا؛ لأن في كل أصبع نقصانًا من وجه، وزيادة من وجه، فإن بادر وقطع الكف ألزمناه حكومة [١]، وإن قطع خمسًا منها فقد استوفى خمسة أسداس اليد؛ فيبقى له سدس دية [اليد][٢]، ويحط من ذلك حكومة؛ لزيادة الخلقة فيما استوفاه، ولو قطع [واحد أصبعًا][٣] من هذه الأصابع فلا قصاص [عليه][٤]، وعليه سدس دية اليد.

فرع: [هل][٥] يؤخذ الزائد بالزائد؟ ينظر:

إن اختلف محلاهما [٦] فلا، وتتعين الحكومة، وإن تساويا في الحجم صغرًا وكبرًا وطولاً وقصرًا أخذ.

وإن اختلفا: فإن كان الزائد ستًّا فهل للاختلاف أثر فيه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما في الأصلي، وبهذا قال صاحب «التقريب».

والثاني: نعم؛ لأنه ليس له اسم مخصوص حتى يكتفي باتفاق الاسم؛ كما يكتفي في اليمين واليسار، وهذا ما حكاه ابن كج عن ابن سلمة، ونسب الأول إلى أبي إسحاق، وغيره نسب إليه الثاني.

وإن كان الزائد أصبعًا: فمنهم من سكت عن الكلام فيه، ومنهم من أجرى فيه الخلاف، وعلى هذا [٧] جرى صاحب «التهذيب» والإمام، وحكيا عمن صار إلى التأثير [٨] أننا في السبابة والوسطى ننظر إلى القدر، ونراعي الصورة، وخص الإمام محل الخلاف بما إذا استوت حكومتهما، وقال فيما إذا اختلفت بالتأثير جزمًا.

وقطع القاضي أبو الطيب في «تعليقه» بالمنع في حالة زيادة أنامل أحدهما على الآخر.

فإن قلنا بأنه لا أثر للتفاوت في الحجم، وهو الأظهر؛ كما ذكره القاضي الروياني وصاحب «العدة» وغيرهما ونقلوه عن النص - كان للمجني عليه القصاص، ولا حكومة له، إن كانت الزيادة من جهته.

وإن قلنا بمقابله: فإن كان الزائد من جهة الجاني، فلا قصاص، وإن كان من

---

(١) في جـ: الحكومة.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: واحدًا سيعًا.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في د: محلهما.
(٧) في د: ذلك.
(٨) في أ: الثاني.

جهة المجني عليه [كان له](١) القصاص والحكومة بقدر النقص.

قال: وإن قطع أنملة؛ [فتآكل منها](٢) **الكف** - أي: وسقط - لم يجب القصاص فيما تآكل؛ لأنه يمكن إتلافه بالمباشرة؛ فلم يقتص منه بالسراية؛ لعدم تحقق العمدية، ولا تحمل العاقلة على هذا دية ما تآكل، وإن كان حكمه حكم الخطأ؛ لأنه سراية جناية عمد؛ هكذا أطلقه بعضهم.

وحكى الماوردي في هذه الصورة وجهين:

أحدهما - عن ابن أبي هريرة-: أن الدية تجب في ماله دية العمد (٣) حالة؛ لأنها جناية واحدة؛ فلم يختلف حكمها.

والثاني - عن أبي إسحاق-: أنها تجب مؤجلة على العاقلة، وحكاه صاحب «العدة» أيضًا.

قال: وقيل فيه قول مخرج، أي: من ذهاب الضوء بالموضحة: أنه يجب القصاص (٤)؛ لأن كل واحد منهما سراية فيما دون النفس، وقد تقدم الكلام في المسألة، ولا خلاف أن له القصاص في الأصبع، وإذا فعله هل تجب له حكومة لما تحت المقتص منه من (٥) الكف؟ فيه وجهان تقدما، ولو أخذ عنه الدية اندرجت حكومة ما تحته (٦) من الكف فيه عند العراقيين، وحكى الإمام في هذه الصورة أيضًا وجهين.

وحكم قطع جميع الأصابع، وتآكل(٧) الكف منها - حكم قطع الأنملة.

قال: ويؤخذ الفرج بالفرج، والشُّفر بالشفر؛ لإمكان ذلك من غير حيف، وهذا ما نص عليه في «الأم»، وهو الأصح في «التهذيب»، وفي «الرافعي»: أن (٨) العراقيين - كالشيخ أبي حامد، وأتباعه - جزموا بأنه لا قصاص فيهما.

والشفر: مضموم الشين، وهو: [طرف](٩) جانب الفرج، وشفر كل شيء طرفه(١٠)، ويقال أيضًا: شافر الفرج، وشفيرها (١١).

---

(١) في جـ: فله.
(٢) في التنبيه: فتأكلت منه.
(٣) في جـ: عمد.
(٤) زاد في التنبيه: فيه.
(٥) في د: في.
(٦) في جـ: تحت.
(٧) في د: وفي أكل.
(٨) في د: عن.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ، د: حرفه.
(١١) في الأصول: شفرها.

قال: والأنثيان بالأنثيين. فإن [(١)] **أمكن أخذ** [البعض بالبعض][(٢)]؛ لشمول الآية [له][(٣)]، ويعرف ذلك بقول أهل الخبرة.

وحكى القاضي أبو الطيب، عن الماسرجسي أنه قال: رأيت رجلاً من فزارة له إحدى[(٤)] الأنثيين، وسئل عن ذلك؛ فقال: كانت بي حكة؛ فقعدت في الشمس، فكنت أحك خصيتي إلى أن انشقت؛ فخرجت إحدى البيضتين، وبقيت الأخرى.

وعن عمرو[(٥)] بن شعيب أنه قال: «كان لنا غنم قد خصيناها من جانب اليسار؛ فكانت تلقح».

ولا فرق عندنا في جريان القصاص في الأنثيين بين أن يكون المجني عليه شيخًا[(٦)] أو صبيًّا والجاني شابًّا، ولا بين أن يكون مجبوب الذكر أو عنينًا والجاني سليمًا؛ كما ذكرناه في الذكر.

فرع: لو رُضَّ أنثياه ففي «التهذيب»: أنه يقتص بمثله إن أمكن، وإلا وجبت الدية، قال الرافعي: ويشبه أن يكون [الدق][(٧)] ككسر[(٨)] العظم.

قال: ويؤخذ الذكر بالذكر؛ لأنه ينتهي إلى حد معلوم؛ فاندرج في الآية، أو نقول به[(٩)] قياسًا على قطع الأنف والأذن؛ وكذا يؤخذ البعض بالبعض، ويعتبر بالجزء لا بالمساحة.

وعن أبي إسحاق المروزي منع أخذ البعض بالبعض.

قال: وتؤخذ الأليتان بالأليتين؛ لانتهائهما إلى حد معلوم، وهما اللحمان الناتئان بين الظهر والفخذ، وهذا هو الظاهر عند الأئمة، ومنهم صاحب التهذيب.

وعن المزني: أنه لا قصاص فيهما، وادعى الإمام في الديات اتفاق الأصحاب عليه.

قال: ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصيّ؛ لأنه مثله، وعدم الإنزال لمعنى في غيره؛ كما قلنا في أخذ أذن السميع بالأصم؛ وكذا يؤخذ [ذكر][(١٠)] الشاب والفحل بذكر الشيخ والخنثى والصبي والعِنين[(١١)]؛ لأنه لا خلل في نفس العضو،

---

(١) في التنبيه: وإن.
(٢) في التنبيه: واحدة بواحدة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في الأصول: أحد.
(٥) في د: عمر.
(٦) في جـ: شخصًا.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: كإكسر.
(٩) في جـ: فيه.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في د: بالعنين.

وتعذر الانتشار؛ لضعف في القلب، أو الدماغ؛ كما قاله الرافعي، أو لعلة في الصلب؛ كما قاله القاضي أبو الطيب.

قال: والمختون بالأقلف [١]، أي: الذي لم يختن، وبقيت قلفته عليه؛ لأن غايته زيادة في الخلقة؛ وهي [٢] لا تمنع القصاص؛ وكذا يؤخذ [٣] الأقلف [٤] بالمختون؛ لأن تلك الزيادة مستحقة الإزالة؛ فهي كالمعدومة.

والأقلف [٥]، والأغلف، والأغرل، والأرغل - بالغين المعجمة في الثلاثة - والأعرم بالعين المهملة بمعنى؛ كما قاله الأزهري وغيره، والجمع: قلف، وغلف، وغرل، ورغل، وعرم.

قال: ولا يؤخذ الصحيح بالأشل؛ لأن في أخذه زيادة على القدر المستحق، وشلل الذكر: ألا يتغير في حر باسترسال، ولا في برد بتقلص، بل يبقى على حالة واحدة فيهما.

قال الماوردي: أو ينقبض باليد، فإذا فارقته انبسط، أو ينبسط باليد، فإذا فارقته انقبض.

ويؤخذ الأشل بالأشل؛ بالشرط الذي تقدم.

قال الماوردي: ولا يمنع اختلاف أنواع الشلل من جريان القصاص بينهما؛ لعموم النقص، وعدم المنفعة.

والشل والشلل لغتان بمعنى.

قال: وإن اختلفا في الشلل:

فإن كان ذلك في عضو ظاهر، فالقول قول الجاني؛ لأن المجني عليه يقدر على إقامة البينة على سلامة العضو الظاهر، فإذا تعذر ذلك، كان شبهة في سلامتهما [٦]، فكان القول قول الجاني.

قال: وإن كان في عضو باطن فالقول قول المجني عليه؛ لأنه يبعد إقامة البينة عليها؛ لأنها لا تشاهد في العادة، والأصل السلامة، وهذا ما نص عليه الشافعي في الحالين، وبه قال أبو إسحاق المروزي؛ كما حكاه في الحاوي.

---

(١) في التنبيه، أ: بالأغلف، وفي د: بالأكلف.
(٢) زاد في د: التي.
(٣) في أ، د: يأخذ.
(٤) في د: الأكلف.
(٥) في د: الأكلف.
(٦) في جـ، د: سلامتها.

ثم كلام البندنيجي والأصحاب يقتضي أنا إذا جعلنا القول قول [المجني عليه، أنه يجب القصاص، وله العفو على الدية، وبه صرح في الحاوي، وقد قال الأصحاب فيما إذا قطع ملفوفًا، وجعلنا القول قول][١] الولي، لا يجب القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة، ولكن تجب الدية.

وقال القاضي أبو الطيب: يحتمل قوله[٢]: أنه يجب القصاص؛ فأي فرق بينهما؟

قال: وقيل: فيهما قولان، أي: بالنقل والتخريج.

وجه قبول قول الجاني قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي[٣] وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[٤]، والمجني عليه هو المدعي للسلامة، ولأن الجاني هو الغارم؛ فوجب أن يكون القول قوله؛ لأن الأصل براءة ذمته.

ووجه قبول قول المجني عليه: أن الغالب والظاهر صحة ذلك العضو؛ فوجب الحكم بالظاهر وهو الصحة، وهذه الطريقة تحكى عن ابن الوكيل، وأنه طردها في إنكار الجاني أصل السلامة، وفي تسليمه السلامة، ودعوى الزوال.

وادعى الماوردي والبندنيجي والمحاملي أنا إذا قلنا بالطريق الأول فمحل[٥] قبول قول الجاني جزمًا[٦]: إذا كان قد أنكر أصل السلامة، أما إذا اعترف بها، وادعى حدوث الشلل بعدها - ففيه قولان منصوصان للشافعي:

أحدهما: أن القول [قول الجاني؛ لأنه يحتمل الأمرين، والأصل براءة ذمته.

والثاني: القول][٧] قول المجني عليه؛ لأن الأصل السلامة، وما يدعيه من طرآن الشلل لم يعلم.

وعلى ما حكاه المحاملي يحمل ما حكاه القاضي أبو الطيب في «تعليقه» -حيث قال: اتفق أصحابنا كلهم: أبو إسحاق المروزي، وأبو عليّ بن أبي هريرة، وأبو عليّ الطبري، والقاضي أبو حامد في «الجامع»- علي أن الجناية إن كانت في عضو ظاهر، واختلفا في سلامته؛ [فالقول قول الجاني][٨]، [وعلى المجني

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، د: قول.
(٣) في جـ: من ادعى.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في د: فترك.
(٦) زاد في أ: أما.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في جـ.

عليه البينة قولًا واحدًا، وإن كانت على عضو باطن، واختلفا في سلامته فالمسألة على قولين:][١]

[أحدهما: أن القول قول المجني عليه، وهو الصحيح، وقد اتفق أصحابنا على صحته.

والقول الثاني: أن القول][٢] قول الجاني، وقد صرح بهذا الحمل عنهم الرافعي، وقال: إن ابن القطان وافقهم في ذلك، وإن هذه الطريقة أظهر الطرق.

وعن أبي الطيب بن سلمة: أن الجاني إن أنكر أصل السلامة فهو المصدَّق بلا خلاف، وإن سلم السلامة، وادعى حدوث النقصان - فالمصدق المجني عليه بلا خلاف، وبهذا تحصل في المسألة عند الاختصار أربعة أقوال كما جمعها الإمام[٣]:

المصدق: الجاني على الإطلاق.

المصدق: المجني عليه على الإطلاق.

الفرق بين الأعضاء الظاهرة والباطنة.

الفرق بين أن تكون السلامة أصلًا وبين أن ينكر وجودها.

والصحيح - وإن ثبت الخلاف؛ كما قال المحاملي والبندنيجي في العضو الظاهر - تصديق الجاني، وفي[٤] العضو الباطن: تصديق المجني عليه.

وهذا الخلاف يجري فيما إذا قطع يدًا، و[٥] اختلف هو والمجني عليه في وجود أصابعها حالة الجناية؛ كما صرح به الإمام، ولا يجيء قول التفصيل بين الظاهر والباطن.

وقد استدرك الإمام على من قال: إن الخلاف يجري فيما إذا قال الجاني: ما خلقت لك يد، وقال المجني عليه: خلقت وقطعتها[٦]، أو سلم الجاني أصل الخلقة، وادعى سقوطها قبل الدعوى عليه، فإن من أنكر أصل الوجود[٧]، أو زعم أنه كان مبانًا - فهو منكر لأصل الجناية، ومن ادعيت عليه جناية؛ فأنكرها،

---

(١) سقط في ج، د.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج، د: صاحب التقريب.
(٤) في د: ففي.
(٥) في د: أو.
(٦) في د: قطعها.
(٧) في ج، د: الموجود.

فالقول قوله في إنكارها.

ثم [ما][(١)] المعني بالعضو الظاهر [والباطن][(٢)]؟

قال الإمام: تلقيت من[(٣)] كلام الأصحاب فيه وجهين:

أحدهما: أن الباطن: ما يجب ستره عن الأعين؛ وهو العورة.

والظاهر: ما عدا ذلك.

وأليقهما[(٤)] بفقه الفصل: أن الباطن ما يعتاد ستره مروءة، والظاهر: ما لا يستر غالبًا؛ وذلك لأن الفرق بين النوعين مبني على عسر إقامة الشهادة وسهولتها، وما يستر غالبًا لا يطلع على حاله؛ فتعسر إقامة البينة فيه.

فرع: إذا جعلنا القول قول الجاني، فأراد المجني عليه إقام البينة على سلامة العضو - ففي كيفيتها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب:

أحدهما: يقيمها على سلامته حالة الجناية.

والثاني: أنه يكفيه أن يقيمها على سلامته قبل الجناية.

قال: وهذا هو الصحيح؛ لأن مذهب الشافعي - رضي الله عنه - لا يختلف في أن الرجل إذا ادعى على آخر عينًا، وأقام بينة على أنه ورثها، وقال الشاهدان: لا نعلم زوال ملكه إلى أن شهدنا بهذه الشهادة؛ فإنه يحكم له بما ادعى؛ لأن الأصل بقاء ملكه على تلك العين؛ فكذلك هاهنا.

ووافقه على التصحيح كما قاله[(٥)] الرافعي، والروياني وغيره، والمحاملي وابن الصباغ والبندنيجي وغيرهم بنوا[(٦)] القولين في حالة إنكار الجاني [أصل السلامة على القولين فيما لو اعترف الجاني وغيره][(٧)] بأصل السلامة، وادعى زوالها، فإن قلنا: القول قوله، فلا بد من أن تشهد البينة على السلامة حالة الجناية، ولا يحتاج في هذه الحالة إلى يمين. وإن قلنا: القول قول المجني عليه، كفاه إقامتها على [سلامته قبل الجناية لكنه يحتاج إلى اليمين، ويجوز للشاهد أن يشهد على][(٨)] سلامة العين، إذا رآه يتبع بصره الشيء زمانًا طويلًا، ويتوقى المهالك، دون ما إذا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: بالباطن.
(٣) زاد في أ: توافر.
(٤) في أ: وإليهما.
(٥) في أ، د: قال.
(٦) زاد في د: على.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

رآه يتبع بصره[(١)] الشيء الزمان اليسير؛ لأن ذلك قد يوجد من الأعمى.

وكذلك يجوز للشاهد أن يشهد على سلامة اليد، والذكر برؤية الانقباض والانبساط.

قال القاضي الحسين في التعليق، والإمام: ولو صرحوا بذلك عند القاضي، لم تقبل شهادتهم؛ كما إذا رأوا شيئًا في يد زيد، يتصرف فيه تصرف الملاك، والناس ينسبونه إليه، وليس له دافع، ولا منازع يسوغ له الشهادة له بالملك، ولو صرح به، ردت شهادته.

وكلام القاضي أبي الطيب يقتضي جوازه؛ فإنه قال: إذا نقل الشاهدان ذلك إلى الحاكم، أو لم ينقلاه، لكنهما شهدا بأنهما رأياه بصيرًا، أو[(٢)] صحيح اليدين - قبلت شهادتهما، وليس للحاكم أن يسألهما عن [سبب التحمل][(٣)] ومتى سألهما عن سبب التحمل - كفاهما أن يقولا: تحملنا [الشهادة][(٤)]، من حيث جاز لنا أن نشهد.

فرع: إذا قطع يد رجل ثم سرت إلى النفس؛ فقال ورثة المقطوع: مات من السراية، وقال الجاني: بل من سم شربه؛ وهو موحٍ - ففيمن[(٥)] القول قوله[(٦)] وجهان في تعليق القاضي الحسين، وأصحهما: قبول قول الوارث[(٧)]، وجعله المتولي المذهب[(٨)].

وهذا بخلاف ما لو ادعى الجاني الاندمال في مدة تحتمله، [وقال الورثة: إنه مات من السراية - فإن المذهب أن القول قول الجاني.

وفيه وجه حكاه المتولي][(٩)] وقال: إن نص الشافعي - رضي الله تعالى عنه - في القسامة يدل عليه.

وقد تقدم في الباب قبله[(١٠)] حكم الاختلاف في صغر الجاني أو جنونه.

---

(١) في د: نظره.

(٢) في د: و.

(٣) في جـ: شهادتهما.

(٤) سقط في أ، جـ.

(٥) في د: ضمن.

(٦) زاد في د: فيه.

(٧) قوله: فرع: إذا قطع يد رجل ثم سرت إلى النفس، فقال ورثة المقطوع: مات من السراية، وقال الجاني: بل من سم شربه وهو موح؛ فمن القول قوله؟ وجهان في تعليق القاضي الحسين، وأصحهما: قبول قول الوارث. انتهى كلامه.
وما ذكره - رحمه الله - في تصوير هذه المسألة فاسد؛ فإنه صورها بما إذا سرت إلى النفس، ومع هذا التصوير لا يبقى تردد أصلًا، بل الصواب أن يقول: ثم وجد ميتًا. [أ و].

(٨) في د: بالمذهب.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ: قوله.

باب العفو والقصاص

قد يقع في بعض النسخ: [العفو][1] عن القصاص، والصواب الأول، وتقديره[2]: حكم العفو وكيفية القصاص.

قال[3]: إذا قتل من له وارث - أي: خاص - وجب القصاص للوارث؛ أي: واحدًا كان أو أكثر، ذكرًا كان، أو أنثى، وارثًا بسبب كالزوجين والمعتق، أو بنسب؛ لما روى ابن[4] سريج الكعبي أن النبي ﷺ قال: «ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَأَنَا وَاللَّهِ عَاقِلُهُ،، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ: إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وأَن أَحَبُّوا أَخَذُوا الْعَقْلَ»[5] خرجه أبو داود والترمذي، وعن أبي هريرة مثله في قوله: «فَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ...»[6] إلى آخره، أخرجه البخاري والترمذي، وقال الترمذي: إنه ﷺ قاله يوم فتح مكة في خطبة خطبها.

ووجه الدليل من الخبر أنه خيَّر الورثة بين الدية والقتل[7]، والدية تثبت [لجميع الورثة][8] بالاتفاق؛ كما حكاه الشافعي - رضي الله عنه - ودلت عليه الأخبار التي سنذكرها؛ فكذلك القصاص.

وحكى القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وصاحب «العدة»، والمتولي، وراء ذلك وجهين:

أحدهما: [أنه للعصبة][9] خاصة.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: تقدمه.
(٣) زاد في أ: و.
(٤) في أ: أبو.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٣٧٢) كتاب اللقطة، باب: كيف تعرف لقطة أهل الكتاب؟ برقم (٢٤٣٤)، والترمذي (٤/ ٢١) كتاب الديات، باب: حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، برقم (١٤٠٥).
(٧) في د: القتيل.
(٨) في جـ: للجميع.
(٩) في د: العصبة.

ووجهه ابن الصباغ بأن القصاص شرع؛ لدفع العار؛ فاختص بالعصبات؛ كولاية النكاح.

والثاني: أنه لذوي الأنساب من الورثة، دون ذوي الأسباب.

قال ابن الصباغ: وقائله[1] يقول: الزوجية تزول بالموت، وإنما يراد القصاص للتشفي، ودرك الغيظ، وهذا قد يفهم أن[2] مراده بمن يرث بالسبب الزوجان خاصة دون من عداهما، وهو المعتق؛ ولأجل هذا الإفهام[3]؛ أعرض ابن يونس عن هذه العبارة، واقتصر على قوله: وقيل: يختص بغير الزوجين.

وقال المتولي: إنه يتعين للمستحقين بالعصب والولاء، دون الزوج والزوجة.

[وكلام الإمام يفهم أنا إذا قلنا: إنه للعصبات خاصة، هل يندرج في هذا الاسم المعتق، أو لا؛ لأنه قال في حد القذف ذلك، ثم قال: ومن غريب ما حكاه الشيخ في شرح التلخيص أن من أصحابنا من أجرى القصاص مجرى حد القذف؛ حتى تخرج فيه الوجوه التي ذكرناها فيمن يرثه، ويرث طلبه][4]؟ والمذهب الأول؛ لما ذكرناه، وما ذكروه لا يصح؛ لأنه يثبت للصغار والمجانين بخلاف ولاية النكاح، وقد روى أبو داود أن «رُجلًا قَتَلَ رجلًا فِي عَهْدِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- فَطَالَبَهُ أَوْلِيَاؤُهُ بِالقَوَدِ، ثُمَّ قَالَتْ أُخْتُ القَتِيلِ، وَكَانَتْ زَوجَة القَاتِلِ: قَدْ عَفَوتُ عَنْ حَقِّي؛ فَقَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ-: اللهُ أَكْبَرُ! عتقَ الرَّجُلُ»[5] ولم ينكر عليه أحد.

تنبيه: قول الشيخ: وجب القصاص للوارث، يفهم أمرين:

أحدهما: أنه لا يثبت للموروث[6]، وقد أشار الرافعي - عند الكلام في قتل

---

(١) في أ: قائل.
(٢) في أ: من.
(٣) في ج: الإبهام.
(٤) سقط في ج.
(٥) لم أجده في سنن أبي داود، بل أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٣) كتاب العقول: باب العفو، برقم (١٨١٨٨) من طريق معمر عن الأعمش عن زيد بن وهب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ... به.
ومن وجه آخر أخرجه البيهقي (٨/ ٥٩) كتاب الجنايات، باب: عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض، من طريق الأعمش عن زيد بن وهب، قال: وجد رجل عند امرأته رجلا فقتلها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - فوجد عليها بعض إخوتها؛ فتصدق عليه بنصيبه، فأمر عمر - رضي الله عنه - لسائرهم بالدية.
(٦) في أ: للوارث.

المسلم بالكافر- إلى حكاية خلاف في أنه يثبت للوارث ابتداء أو تلقياً.

والثاني: تعينه في الوجوب، وقد حكى الأصحاب عن الشافعي في المسألة قولين:

أحدهما- وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد، ومن تابعه كالمحاملي وصاحب العدة، وادعى ابن يونس أنه الجديد-: أن الواجب أحد شيئين، لا بعينه؛ وهما القصاص والدية، قال الماوردي: وكل منهما أصل. وكذلك قال المحاملي، وزاد: أنه إذا اختار أحدهما حكمنا بأنه الذي كان وجب بالقتل.

ووجهه: قوله ﷺ: «فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل(١)، أو يقتلوا»(٢)، فتخييره بين القود والدية يقتضي أن يكون كل واحد منهما عن القتل؛ ككفارة الصيد واليمين.

وحكى الغزالي أنا على قولنا: الواجب أحد الأمرين؛ فهل نقول: القصاص أصل، والدية تابع، أم هما متوازنان من كل وجه؟ فيه تردد. وهذا التردد استنبط مما حكاه الإمام عن الأصحاب فيما إذا عفي عن الدية، [كما سنذكره.

والقول الثاني: وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب والروياني وصاحب التهذيب وغيرهم، كما قال الرافعي](٣)، وادعى ابن يونس أنه القديم-: أن الواجب [القود](٤) عينا، والدية بدل عنه(٥)، وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾الآية [المائدة: ٤٥]، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [إلى آخرها](٦) [البقرة: ١٧٨] ووجه الدلالة منها من وجهين:

أحدهما: أنه أوجب القصاص على القتلى، ولم يذكر الدية.

والثاني: أنه أوجب الدية بشرط العفو؛ فدل على أن القصاص هو الأصل.

وقوله ﷺ: «العمد قود لا عقل(٧) فيه»(٨).

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَرَتَيْنِ»(٩)، فهو أن هذا التخيير لا

---

(١) في جـ: الدية.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ، د: عليه.
(٦) في جـ: الآية.
(٧) في جـ: عفو.
(٨) تقدم.
(٩) تقدم.

يدل على أن كل واحد منهما أصل بنفسه، ويدل على صحة هذا: أن لابس الخف بالخيار بين أن يمسح عليه بشرطه، وبين أن ينزعه ويغسل الرجل، ولا يقال: إن كل واحد من الفعلين أصل بنفسه، بل المسح بدل عن[١] الغسل، وهو الأصل.

وللقولين فوائد تظهر من بعد، إن شاء الله تعالى.

قال: وهو[٢] **بالخيار بين أن يقتص [وبين أن][٣] يعفو**؛ لأنه حق ثبت له؛ فكان[٤] مخيرًا في استيفائه وإسقاطه كسائر الحقوق، وهذا الخيار على التراخي، صرح به الغزالي وغيره في الشفعة.

فرع: إذا تضرع من عليه القصاص لولي القتيل[٥]، وسأله أخذ الدية منه[٦]، والعفو عن قصاصه؛ فأخذ الولي المال من غير تصريح بالعفو؛ فهل يكون عفوًا عن القصاص عليه؟ فيه وجهان، حكاهما الإمام، عند الكلام في قطع اليمين عن اليسار.

قال: **فإن عفا** - أي: عن القصاص **على الدية - وجبت الدية**؛ أي: وإن قلنا: [إن][٧] الواجب القصاص عينًا، ولم يرض الجاني بذلك؛ لعموم الخبر، والحكم بعد موت الجاني قبل العفو عن[٨] القصاص كالحكم بعد العفو عن القصاص على الدية.

وعن شرح مختصر الجويني: أن صاحب «الجامع» حكى [قولًا][٩] عن القديم مثل [مذهب][١٠] أبي حنيفة أنه: لا يعدل إلى المال إلا برضا الجاني، وإذا مات سقطت الدية.

والمذهب الأول؛ لأنها جناية يجوز أخذ المال فيها؛ فلم يعتبر في جواز أخذه رضا الجاني؛ كما إذا قطع يدًا تامة الأصابع [وهو ناقص الأصابع][١١]، وقد سلم أبو حنيفة الحكم فيها، وعلى هذا قال الإمام: إذا كنا نخير الولي على القولين،

(١) في ج: على، وفي د: من.
(٢) زاد في د: إن.
(٣) في ج، د: أو.
(٤) في ج: وكان.
(٥) في ج: المقتول.
(٦) في د: عنه.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) في أ، د: و.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في أ.

يرجع إلى الدية بعد الموت؛ ففي العبارة المشهورة بتزجية القولين تكلف، والصيغة الناصة أن يقال: العمد يقتضي ثبوت المال لا محالة، ولكنه يقتضيه أصلًا معارضًا وموازنًا للقصاص، أم يقتضيه على قضيته من التبعية؟ فيه القولان، قال المتولي: والواجب من الدية عند العفو دية المقتول، لا دية القاتل؛ لأنه أبقى روحه؛ بإسقاط حقه من مورثه، ومن أحيا غيره ببذل شيء استحق بدل المبذول؛ كما لو كان مضطرًا؛ فأطعمه، يستحق عليه [بذل] بدل الطعام.

ولو مات الجاني قبل العفو والقصاص، أو قتل ظلمًا، أو بحق في قصاص أو [حد] زنى، وأوجبنا الدية في تركته - فهل الواجب دية المقتول [أم دية القاتل]؟ فيه وجهان، تظهر فائدتهما فيما لو كان القاتل امرأة، والمقتول رجلًا، أو بالعكس.

ثم الدية تثبت للوارث ابتداء، أم تثبت للموروث في آخر جزء من أجزاء الحياة، وتنتقل إلى الوارث؟ فيه قولان حكاهما العراقيون وغيرهم.

وأصحهما في «الوسيط» و«التتمة» و«التهذيب» و«الزوائد» وغيرها: الثاني؛ بدليل وجوب وفاء ديونه وتنفيذ وصاياه [منها] باتفاق الأصحاب خلا أبا ثور.

والذي صححه القاضي الروياني: الأول، ومن قال به أجاب عما استدل به بأن الورثة ملكوا الدية من جهته وبدلًا عن نفسه؛ فقدم حقه على حقوقهم.

[قال البندنيجي في كتاب الوصية: والوجهان جاريان في الغُرة، هل ملكها الجنين في آخر جزء من حياته، أم تثبت للوارث ابتداء]؟

قال: وإن [عفا](13) **مطلقًا ففيه قولان:**

أحدهما: [illegible].

والثاني: تجب، وهو الأصح.

---

(1) في أ، د: عند.
(2) في أ: بتوجيه.
(3) سقط في أ، جـ.
(4) سقط في جـ.
(5) سقط في جـ.
(6) في جـ، د: و.
(7) في د: آخر.
(8) سقط في د.
(9) في جـ: حقهم.
(10) في د: العُدَّة.
(11) في جـ: ثبت.
(12) سقط في أ.
(13) سقط في د.

هذان القولان مبنيان على القولين في أن موجب العمد ماذا؟

فالأول مبني على أن موجبه القود عينًا، وقد صححه النواوي.

والثاني مبني على أن موجبه أحد الأمرين، لا بعينه: القصاص والدية.

وهذا العفو عما ثبت له من تخييره في تعيينه، لا أنه اختاره ثم أسقطه، فإنه لو كان كذلك، لم تجب له الدية جزمًا، ومثل هذا [ما][1] ذكر فيما إذا أسلم على عشر نسوة؛ فعين ستة للفراق؛ فإنه يتعين النكاح في الباقيات، وإن طلق أربعًا منهن كان تعيينا للنكاح فيهن، وسقط[2] حقه.

وفي «مجموع» المحاملي و«تعليق» القاضي أبي الطيب وغيرهما أن أبا إسحاق المروزي حكى - تفريعا على القول بأن الواجب القود عينًا - قولًا أو[3] وجهًا بوجوب الدية، ووجهه المتولي بأن عفو المستحق معتبر[4] بعفو الشرع، وفي الموضع الذي عفا الشرع عن القصاص - لعدم الكفاءة - تجب الدية؛ فكذلك هاهنا.

وقال المحاملي، وابن الصباغ: إنه ليس بشيء. وتأوَّل الإمام لقائله بأن معنى قولنا: الواجب القود عينًا: أنه الأصل، ولا يثبت المال معه؛ كما لا يثبت البدل مع المبدل[5] إذا ترتب البدل على المبدل، وإذا سقط القصاص؛ جاء وقت البدل؛ فثبت المال ثبوت[6] المبدلات.

وحكى الماوردي القولين على غير هذا النحو؛ تفريعًا على قولنا: إن الواجب القود عينًا، وبعد عفوه من غير تعرض للدية:

أحدهما - وهو الذي نص عليه في جراح العمد-: أن له أن يختار الدية من بعد.

والقول الثاني - وهو الذي ذكره في كتاب اليمين مع الشاهد-: أنه قد سقط حقه من الدية؛ فليس له أن يختارها[7] من بعد.

وأصل هذين القولين إذا أقام المدعي شاهدًا، وامتنع أن يحلف معه، وعرضت

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: فسقط.
(٣) في د: و.
(٤) في أ، جـ: يعتبر.
(٥) زاد في أ، جـ: له.
(٦) في أ: بثبوت.
(٧) في أ: يختاره.

اليمين على المنكر، فنكل عنها: فهل ترد على المدعي، أم لا؟ على قولين.

ثم صورة العفو المطلق أن يقول: عفوت عن القصاص، ولم يتعرض لذكر الدية بإثبات، ولا نفي؛ كما أفهمه كلام الشيخ في «المهذب»، والمحاملي، والإمام وغيرهم.

وكلام ابن يونس يفهم أن صورته ما ذكره القاضي أبو الطيب، وهو أن يقول: عفوت، ولا يذكر شيئا آخر.

وإنما صرفنا هذا العفو إلى القصاص على قولنا: إن الواجب أحد الأمرين؛ لأنه اللائق بالعفو، ونقل صاحب «التقريب» [وجها آخر في هذه الصورة، وجزم به الشيخ أبو علي والعمراني في «الزوائد»، وقال الرافعي: إن الأظهر أنه يراجع، فإن قال: أردت به القصاص، سقط، وإن قال: أردت به الدية، فهو كما [لو][(١)] صرح بذلك ابتداءً. والتفريع عليه سيأتي، وإن [قال][(٢)] لم تكن لي نية، فوجهان حكاهما الشيخ أبو علي، وأشار إليهما صاحب «التقريب»][(٣)]:

أحدهما: أنه ينصرف إلى القصاص.

والثاني: أنه يقال له: اصرفه الآن بنيتك.

فرع: لو قال: عفوت عما وجب لي عليك بهذه الجناية، أو: عن حقي الثابت عليك، وما أشبهه - سقط حقه من القصاص والدية؛ كما لو عفا عنهما صريحًا؛ كذا حكى عن رواية القاضي ابن كج عن النص.

وفي «الحاوي» أنه إذا قال: عفوت عن حقي، وقلنا: الواجب القصاص عينًا سقط القصاص، ولا تسقط الدية؛ فإن عجل اختيارها، وجبت[(٤)] له، وإن لم يعجله، فعلى القولين؛ يعني: القولين اللذين حكاهما من قبل.

وحكى فيما إذا قال: عفوت عن القصاص والدية، وقلنا: الواجب القصاص عينًا - أن عفوه يصح عن القصاص. وهل يصح عفوه عن الدية؟ فيه وجهان، وجه المنع: أنه لم يقع في وقته، وعلى هذا: إن اختار الدية في الحال، وجبت، وإن اختارها بعد ذلك فعلى ما مضى من القولين.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: وجب.

ولو قال: عفوت على أن لا مال [لي][(١)]، فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو عفا عنهما.

والثاني: لا تسقط به المطالبة بالمال؛ لأنه لم يسقطه، وإنما شرط انتفاءه[(٢)] وإلى هذا مال الصيدلاني.

فرع: إذا قال: عفوت عن القصاص ونصف الدية، ففي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا خلاف في سقوط نصف الدية؛ لأنا إن قلنا: مطلق العفو [لا يوجب المال، فهو بهذا العفو موجب نصف الدية، وإن قلنا: مطلق العفو][(٣)] يوجب المال؛ فهو بهذا العفو أسقط نصف الدية.

وفي «الرافعي» أنه حكي عن القاضي الحسين أنه قال: هذه معضلة أسهرت[(٤)] الأجلَّة.

وحكى عن غيره أنها[(٥)] بمنزلة ما لو عفا عن القود ونصف الدية؛ فيسقط القود ونصف الدية.

قال: وإن اختار القصاص، أي: تفريعًا على قولنا: إن الواجب أحد الأمرين، ثم اختار الدية - لم يكن له [ذلك][(٦)] **على المنصوص**[(٧)]؛ لأن باختياره القصاص سقط حقه من الدية؛ فلم يكن له الرجوع إليها؛ كما لو اختار الدية؛ فإنه يسقط حقه من القصاص، وليس له الرجوع إليه، وهذا ما صححه في «التهذيب»، فعلى هذا: [هل][(٨)] يسقط حقه، من القصاص [أيضًا][(٩)]؟ فيه وجهان، أصحهما في «التهذيب»: لا. وقد شبه القاضي الخلاف بالوجهين في أن حق الشفعة والرد بالعيب هل يسقط بالمصالحة[(١٠)] عليهما على مال، وقلنا بعدم استحقاق المال، وهما جاريان فيما إذا عفا عن القصاص ابتداء على مال غير الدية، ولم يقبل الجاني ذلك؛ كما حكاه البغوي، لكنا إذا أسقطنا القصاص في مسألة الكتاب بالعفو، لا يرجع إلى الدية، وفي المسألة التي ذكرناها إذا أسقطنا القصاص، وجعلنا عفوه كالعفو المطلق، فيجيء فيه الخلاف السابق، فإن قلنا: لا يسقط حقه

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ، د: انتفاؤه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: أسهدت.
(٥) في أ، د: أنه.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) زاد في التنبيه: وقيل له ذلك.
(٨) سقط في ج، د.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) في أ، د: عند المصالحة.

من القصاص، وهو المتعين في استيفاء الحق - فهل له أن يصالح عنه الجاني بالتراضي؟ فيه وجهان جاريان فيما لو فعل ذلك ابتداء بعد اختيار القصاص.

ووجه المنع: أنه عقوبة فلم تجز المصالحة عنها على عوض؛ كحد القذف.

ووجه الجواز- وهو ما قال الإمام: لعله الأصح - أن القصاص في مقابلة متقوم بالمال على الجملة، وهو النفس، وتتلف(١) به؛ فتُقَوَّم، وليس كذلك العرض(٢) في القذف، وعلى هذا لا فرق بين أن يصالح على جنس الدية أو غير جنسها، أقل منها أو أكثر.

ولو كان المصالح أجنبيًّا، ففي جوازه وجهان، أصحهما: الجواز؛ كما في الخلع(٣) معه.

ومقابل المنصوص وجه حكاه العراقيون: أن له الدية.

قال ابن الصباغ: وتكون بدلًا عن القصاص، وليست التي وجبت بالقتل، وهذا كما إذا ادعى حقًّا، وأقام شاهدًا، فإنه يحلف معه، فإن امتنع من اليمين، عرضنا اليمين على المنكر، فإن نكل رددنا اليمين، وكانت غير الأولة.

ووجهه المحاملي والشيخ في «المهذب»: بأنه استحق أعلى البدلين، فكان له أن يعدل إلى أدناهما. وهذا التوجيه يقتضي أن تكون الدية بدل النفس، لا بدل القصاص، وقد يقوى هذا الوجه بأن في تمكينه(٤) من الرجوع إلى الدية ما يدعوه إلى العفو؛ كما قلنا: إنه يجوز له العفو على الدية، مع قولنا: إن الواجب القود عينًا.

وقد ادعى في «الوجيز» أن هذا الوجه الأظهر، وبه جزم في «الحاوي»، والإمام حكى فيما إذا عفا عن الدية صريحًا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المال يسقط بالكلية، [حتى](٥) لو أراد الولي إسقاط القصاص على مال، لم يجد إليه سبيلًا.

قلت: ومن طريق الأولى إذا أطلق العفو عنه، وقد صرح [به](٦) الرافعي.

---

(١) في أ، د: فتلف.
(٢) في أ: العوض.
(٣) في د: الجامع.
(٤) في د: مكنته.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ج.

والثاني: أنه لا معنى للعفو عن المال، مع بقاء [القود][(١)]، فالذي جرى منه لغو[(٢)]، وهو على خيرته الأولى، وكأنه لم يعف، والسبب فيه: أنا وإن كنا نثبت المال أصلًا فهو على قضية التبعية للقود؛ فيستحيل أن نثبت له المال مع بقاء القود.

والثالث وهو اختيار الشيخ أبي محمد-: أن العفو عن المال يلحق هذا القول [بقولنا][(٣)]: موجب العمد القود المحض، وفائدة هذا القول: أنه إن عفا عنه على مال ثبت، وإن عفا مطلقًا ففي ثبوت الدية الطريقان السابقان:

أحدهما: القطع بعدم الاستحقاق.

والثاني: حكاية قولين أو وجهين، كما حكاهما أبو إسحاق.

ثم قال الإمام فيما إذا كانت صيغة الولي: اخترت القصاص-: الوجه أن ينبني[(٤)] على التصريح بإسقاط المال، فإن قلنا: العفو لغو، فلا معنى لقوله: اخترت القصاص. وإن قلنا: العفو عن المال له حكم، فقوله: [ما][(٥)] اخترت القصاص، هل يفيده[(٦)]؟ فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما.

وقد عكس القاضي أبو الطيب الكلام في المسألة في «تعليقه»، فقال: إذا[(٧)] اختار القصاص، ثم عاد واختار الدية - ثبتت[(٨)] له الدية؛ لأنه يريد أن ينتقل من الأعلى إلى الأدنى؛ فجاز له ذلك. وإن اختار الدية، ثم عاد وقال: أنا اختار الآن القصاص - فهل يثبت له القصاص، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس [له][(٩)] ذلك؛ لأنه يريد أن ينتقل من الأدنى إلى الأعلى.

والوجه الثاني: أن له ذلك؛ لأن برجوعه قد سقط حقه من[(١٠)] الدية، ويكون كأنه اختار القصاص ابتداء.

وإن أصل هذه المسألة ما إذا ادعى إنسان على رجل شيئًا، وله [به][(١١)] شاهد، فإنه يحلف معه ويستحق، فإن[(١٢)] نكل عن اليمين، ورددناها على المدعي

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: العفو.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ، د: يبني.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: نقيده.
(٧) في جـ: إن.
(٨) في جـ: ثبت.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في أ، جـ: عن.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في جـ: فإنه.

عليه؛ فنكل[١] ، فهل ترد على المدعي [أم لا][٢] ؟ فيه قولان:

وجه الرد: أن الشاهد قد[٣] سقط بنكوله؛ فيكون كاليمين تثبت في حق المدعي عليه ابتداء، وإذا ثبتت في حقه ابتداء، فنكل عنها - ردت على المدعي؛ كذلك هاهنا.

وقد تحصل لك من مجموع ما ذكرناه فيما إذا اختار القصاص، ثم الدية، أو العكس - ثلاثة أوجه:

أحدها : أنه إذا اختار أحدهما ليس له العود إليه.

[والثاني : أن له العود إليه][٤]. وقد حكى هذا عن القفال أبو الفرج السرخسي في «أماليه»، وشبهه بما إذا أتلف كُرّ حِنْطَةٍ جيدة على إنسان، ولم يوجد هناك إلا كر حنطة رديئة؛ فإنه يتخير رب الحنطة بين أن يأخذه، وبين أن يعدل إلى القيمة، فلو قال: اخترت أحدهما، لم يبطل به خياره.

والثالث : إن اختار القصاص كان له الرجوع إلى الدية، وإن اختار الدية لم يكن له الرجوع إلى القصاص.

أما إذا قلنا: الواجب القصاص عينًا، لم يكن لعفوه عن الدية معنى، ولا له تأثير في القصاص ولا في الدية؛ لأن القود لم يعف عنه، والدية لم يستحقها مع بقاء القود؛ فلم يصح عفوه عنها[٥] ، صرح به الماوردي.

فرع : إذا قال: عفوت عن الدية، وصححنا عفوه، فمات الجاني قبل استيفاء القصاص، كان المستحق[٦] الدية؛ لفوات القصاص بغير[٧] اختياره.

وعن القاضي ابن كج حكاية قول: أنه لا رجوع له إلى المال بعد إسقاطه.

واعلم أن جميع ما ذكرناه مفروض فيما إذا كان الوارث مكلفًا غير محجور عليه، أما إذا كان غير مكلف؛ فلا أثر لعفوه، وإذا كان مكلفًا محجورًا عليه - نظر: فإن كان الحجر لحق غيره كالمفلس فله أن يقتص، ولو عفا عن القصاص سقط وأما الدية، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، فله القصاص[٨] ، وله العفو

---

(١) في جـ: ونكل.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: فيه.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د، أ: عنهما.
(٦) في أ: للمستحق.
(٧) في د: بعد.
(٨) في جـ: أن يقتص.

عنه، فإن عفا عنه ثبتت الدية، سواء صرح بإثباتها، أو بنفيها، أو سكت عنها، وحينئذ، تصرف إلى غرمائه، ولا يكلف تعجيل القصاص، أو العفو؛ ليصرف[1] المال إليهم.

وإن قلنا: موجب العمد القود، فإن عفا على المال، ثبت، وتعلق حق الغرماء به، وإن عفا مطلقًا، أو[2] على أن لا مال، فإن قلنا: مطلق العفو [لا][3] يوجب الدية؛ فكذلك الحكم هنا، وإن قلنا: مطلقه يوجبها، فعند الإطلاق تجب، وعند النفي هل تجب؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «مجموع» المحاملي: الوجوب.

وأصحهما في «الرافعي»: المنع، لأن العفو مع نفي المال[4] لا يقتضي مالًا؛ فلو[5] كلفنا المفلس أن يطلق؛ ليثبت[6] المال؛ كان ذلك تكليفًا بالكسب، وليس عليه الكسب[7] ؛ لما عليه من الديون.

قال الإمام: ويعبر عن الوجهين بأن العفو مع نفي المال - إسقاط للواجب، أو منع للوجوب[8] .

وحكم المريض بالنسبة إلى القدر الزائد على الثلث، ووارث من له القصاص، وعليه دين - حكم المفلس، صرح به القاضي أبو الطيب، والمحاملي.

وعفو المكاتب عن الدية تبرع لا ينفذ [من غير][9] إذن السيد، وإن أذن فعلى الخلاف في تبرعاته.

وإن [كان][10] الحجر لحق نفسه كالسفيه، فيصح منه إسقاط القصاص واستيفاؤه، وفيما يرجع إلى الدية حكمه حكم المفلس على أحد الوجهين، وبه أجاب أكثرهم؛ ومنهم: القاضي أبو الطيب، والقاضي الحسين، والمحاملي.

والوجه الثاني: أنه لا يصح عفوه عن المال بحال؛ كالصبي، ويحكى عن القفال أنه قطع به، وعلل بأنا[11] وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال؛ فإذا

---

(١) في أ، جـ: لتصرف.
(٢) في د: و.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في جـ: الملك.
(٥) في د: ولو.
(٦) في أ: لثبت.
(٧) في أ: يكسب.
(٨) في د: الوجوب.
(٩) في جـ: بغير.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ، د: بأنه.

تصدى له مال لم يجز له تركه؛ كما لو وهب له شيء [أو وصى][1] له بشيء، فلم[2] يقبل - فوليه يقبل عليه، بخلاف المفلس: لا يقبل عليه الغرماء ولا الحاكم.

وحكى الإمام أنه لو رد لم يصح رده؛ فإن الولي يقبل عليه، ويوقف فيه.

قال: وإن قطع اليدين من الجاني، ثم عفا عن القصاص - لم تجب [له][3] الدية، [أي:][4] سواء أطلق، أو عفا عليها؛ لأنه استوفى ما يوازي [بدله][5] بدل النفس، فلو وجبت له الدية - لأدى إلى أن يأخذ ديتين لنفس واحدة.

وحكى الإمام عن صاحب «التقريب» أن من أصحابنا من جوز له الرجوع إلى المال[6].

قال الإمام: والمال في هذا المقام: الدية الكاملة.

ثم على الأول - وهو المذهب - هل يسقط حقه عند العفو على الدية؟ يظهر مجيء الوجهين السابقين فيه؛ إذا كان جاهلًا بالحكم.

وهل تجوز المصالحة عن القصاص في هذه الصورة قبل العفو على مال؟ حكى الرافعي فيه وجهين، وصحح الجواز، والقاضي الحسين صحح خلافه، وهو قضية قول الإمام.

والمتولي جعل الخلاف مبنيًّا على أن موجب العمد ماذا؟ فإن قلنا: موجبه القود، صح؛ سواء كان المال من جنس الدية [أو من][7] غير جنسها.

وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين، لم يصح؛ لأنه قد استوفى ما يوازي بدله بدل حقه.

قال: وإن قطع إحداهما، [ثم][8] **عفا عن القصاص** - وجب له نصف الدية؛ لأنه أخذ ما يوازي بدله نصف الدية؛ فبقي له [النصف][9]. وهذا إذا عفا على الدية، أو مطلقًا، وقلنا: الواجب أحد الأمرين، أما إذا قلنا: الواجب القود عينًا، فيجيء في استحقاقه الطريقان السابقان:

---

(١) في د: إذا وصى.
(٢) في د: لم.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: مال.
(٧) في جـ: أو، وفي د: و.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: نصف الدية.

أحدهما : القطع بعدم[(١)] الاستحقاق.

والثاني : جريان قولين أو وجهين فيه.

تنبيه : ظاهر كلام الشيخ يقتضي أمرين:

أحدهما : أنه لا فرق [- فيما ذكره -][(٢)] بين أن تكون دية الجاني قدر دية المجني عليه، أو دونها، أو أكثر منها، وهو متفق عليه، فيما إذا كانت [قدرها، أما إذا كانت][(٣)] دونها؛ كما إذا كان المقتول رجلًا، والقاتل امرأة؛ ففي الصورة الأولى قال المتولي: إن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، كان له مطالبتها بنصف الدية، وهو الأظهر في «الرافعي»، وإن قلنا: موجبه القود[(٤)] فلا يستحق شيئًا؛ لأنه لو قتلها لجعل مستوفيًا لحقه، وقد استوفى منها ما يوازي روحها في الحكم.

وقال في الصورة الثانية: إن قلنا: إن الواجب أحد الأمرين، طالبها بثلاثة أرباع الدية.

وإن قلنا: الواجب القود، طالبها بنصف الدية.

والقاضي أبو الطيب وغيره حكوا الخلاف في الصورتين؛ كما ذكره المتولي، لكنهما لم يثبتاه[(٥)].

ولو كانت المرأة قد قطعت يدي الرجل[(٦)] وأذنيه؛ فاقتص منها[(٧)] الولي، ثم عفا - لم تجب الدية جزمًا.

وعلى الأصل الذي ذكرناه يخرج ما إذا كان المجني عليه مسلمًا، والجاني يهوديًّا، وقد قطع الولي يديه:

فعلى القول بأن الواجب أحد الأمرين: يطالبه بثلثي الدية؛ لأن بدل يديه ثلث الدية.

وعلى القول بأن الواجب القود لا يطالب بشيء، وعلى هذا فقس لو كان الولي قد قطع إحدى يدي المجوسي، ولو كان الجاني - حال قطع الولي يديه - مرتدًّا، وقد كان مسلمًا حال الجناية فعلى القول بأن الواجب أحد الأمرين، للولي

---

(١) في أ، د: بعد.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: العمد.
(٥) في ج: ساه.
(٦) في ج، د: رجل.
(٧) في ج: منهما.

مطالبته بكل الدية؛ لأن أطراف المرتد لا تقوَّم وعلى القول بأن الواجب القود ليس للولي مطالبته بشيء، لأنه استوفى ما يوازي روحه.

الثاني: أنه لا فرق عند قطع [الولي][(١)] اليدين من الجاني - أو إحداهما - بين أن يكون الولي مسيئًا بالقطع أو غير مسيء؛ بأن يكون الجاني قد قطع اليدين من المجني[(٢)]، أو إحداهما، ثم سرت الجراحة إلى نفسه، أو لم تسر، وحزّ الجارح رقبته قبل الاندمال، وهذا لا شك فيه فيما إذا كان الولي مسيئًا بالقطع أو غير مسيء، وقد حصل زهوق الروح بالسراية؛ وكذلك إذا حصل بحز[(٣)] الرقبة بعد القطع وقبل الاندمال على المذهب؛ لأنه لا فرق عند الشافعي بين أن يقطع يده ويسري القطع إلى نفسه، وبين أن يقطع يده، ثم يحز رقبته[(٤)] قبل الاندمال - في أن أرش الطرف يدخل في دية النفس.

وعلى قياس قول الإصطخري وابن سريج - أن أرش الطرف لا يدخل في دية النفس عند حز الرقبة، ويلزم[(٥)] الجاني دية الطرف والنفس بالغة ما بلغت؛ كما حكاه عنهما القاضي أبو الطيب والرافعي، وادعى الإمام أن للشافعي قولًا يدل على موافقته، وأنه[(٦)] الأصح في القياس - يجب أن يقطع بوجوب الدية في الصورة الأولى، والثانية إن عفا الولي عليها[(٧)]؛ وكذا إن أطلق العفو على قولنا: إن الواجب أحد الأمرين.

وإن[(٨)] قلنا: الواجب القود، فيجيء الطريقان.

ويعضد ذلك أن القاضي أبا الطيب وغيره حكوا عنهما فيما إذا قطع رجل طرف رجل، فعفا عنه، ثم عاد الجاني، وحز رقبته - أنه يجب القصاص في النفس، وإذا عفا عنه، وجب كمال الدية؛ بناء على الأصل المذكور.

وحكوا عن غيرهما في هذه الصورة وجهين آخرين:

أحدهما: أنه لا يجوز القتل؛ لأن القتل حصل بهما؛ فهما كجناية واحدة، فإذا سقط القصاص في بعضها سقط في جميعها، إلا أنه يجب نصف الدية. وادعى

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في النسخ: الجاني.
(٣) في جـ، د: بجز.
(٤) زاد في د: و.
(٥) في جـ: بل.
(٦) في أ: فإنه.
(٧) في أ: عنها.
(٨) في أ: فإن.

الماوردي أن هذا ظاهر المذهب.

والثاني: أنه يجب القصاص، وإذا عفا عنه وجب نصف الدية؛ لأن القتل ليس من أثر الجناية التي عفا عن القصاص فيها، وإنما هو قتل ابتدأه، فلا يؤثر العفو[(١)] عن الطرف شبهة فيه. وهذا ما صححه القاضي أبو الطيب، والإمام، والشيخ في المهذب، وغيرهم، ونسبه الماوردي إلى أبي عليّ بن أبي هريرة.

وقال المحاملي والبندنيجي: إنه المذهب.

قلت: وهذان الوجهان في هذه الصورة يمكن أن يُرَتَّبا على وجهين حكاهما صاحب «التقريب»؛ فيما إذا قطع إنسان يد رجل؛ فسرت الجراحة إلى نفسه، فعفا الولي[(٢)] عن القصاص في الطرف - هل يسقط حقه من القصاص في النفس، أم لا؟

فإن قلنا: لا يسقط، وهو القياس؛ كما لو كان مستحق القصاص في الطرف غير مستحقه في النفس[(٣)] - وصورته: أن يقطع يد عبد، ثم يعتق، فتسري الجراحة إلى نفسه؛ فإن القصاص في الطرف للسيد، وفي [النفس][(٤)] لوارث العبد المعتق- لم يسقط هاهنا.

وإن قلنا: إنه يسقط في النفس؛ نظرًا إلى أنه لما عفا عن الطرف؛ فكأنه ضمن سلامة الأطراف، وفي قتله إتلاف أطرافه - فهاهنا يجري الوجهان، ووجه الفرق: أن العفو عن قصاص الطرف في المسألة الثانية وجد قبل استحقاق القصاص في النفس؛ فضعف فيه الإلزام[(٥)]، [وفي الأولى وجد بعد استحقاق قصاص النفس، فقوى الإلزام][(٦)].

لكن قد حكى الرافعي الجزم بأنه إذا قطع يده، ثم حز رقبته قبل الاندمال، فعفا وليه عن القطع - لا يسقط قصاص النفس. وهذا يبطل الفرق المذكور، والله أعلم.

قال: وإن كان القصاص لنفسين، فعفا أحدهما، أي: عن القصاص- سقط القصاص؛ لتمليكه ﷺ استيفاء القتل لجملة الأهل؛ فلم يملكه بعضهم.

(١) في جـ: العقل.
(٢) في جـ، د: الأول.
(٣) في د: النص.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: الالتزام.
(٦) سقط في جـ.

ولما روي: أن رَجُلًا قَتَلَ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ عُمَرَ- رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- فَجَاءَ وَرَثَةُ المقْتُولِ؛ لِيَقْتُلُوهُ؛ فَقَالَتْ أُخْتُ المقْتُولِ- وَهِيَ امْرَأَةُ القَاتِلِ- قَدْ عَفَوتُ عَنْ حَقِّي، فَقَالَ عُمَرُ: عُتِقَ مِنَ القَتْلِ»[١].

ولأن القصاص لا يتبعض، فإذا سقط بعضه- سقط جميعه، ويخالف حد القذف إذا ثبت لجماعة، فعفا بعضهم؛ حيث أثبتناه[٢] للباقين- على قول- لأن حد القذف ليس له بدل ينتقل إليه، [والقصاص له بدل ينتقل إليه][٣].

قال: [و][٤] وجب للآخر حقه من الدية؛ لما روى زيد بن وهب قال: دخل رجل على امرأته؛ فوجد [عندها][٥] رجلاً ؛ فقتلها؛ فاستعدى إخوتها عمر-رضي الله عنه- فقال بعض إخوتها: قد تصدقت؛ فقضى لسائرهم بالدية.

وقد ادَّعى المتولى[٦] عند الكلام في العفو المطلق الإجماع على ذلك.

ولا فرق -فيما ذكرناه- بين أن يكون نصيب العافي مثل نصيب الآخر؛ كما إذا كانا ابنين[٧]، وهو ما يفهمه كلام الشيخ من بعد، وفيها فرض الشافعي الكلام، أو أكثر؛ كما إذا كان العافي أخا، ومعه أخت، أو أقل؛ كما إذا كان العافي أختًا، ومعها أخ؛ كما صرح به الماوردي.

ثم هل يجب للعافي شيء من الدية؟ ينظر: إن عفا عليها فنعم، وإن عفا عنها[٨] فلا، وإن أطلق؛ جاء الخلاف السابق.

قال: وإن أرادا[٩] **القصاص لم يجز لأحدهما أن ينفرد به**؛ لأن الشرع أثبته للأهل؛ فلم يكن لأحدهم[١٠] الاستبداد[١١] به؛ لما فيه من الافتيات[١٢] على الباقين وتفويت حقهم؛ كما في سائر الحقوق، فإن تراضيا على أن يستوفيه أحدهما - جاز وكان المستوفي وكيلاً عن صاحبه في حصته، قال القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما: ولا يجوز الاستيفاء إلا كذلك، أو يوكلا وكيلاً واحدًا يستوفيه.

---

(١) تقدم.
(٢) في أ: أثبتاه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: الولي.
(٧) في جـ، د: اثنين.
(٨) في أ: عنهما.
(٩) في جـ، د: أراد.
(١٠) في جـ: لأحدهما.
(١١) في د: الاستيلاء.
(١٢) في جـ: الاقتيات.

قال: وإن[١] **تشاحًا أقرع بينهما**؛ لأنه [ليس][٢] أحدهما بأولى من الآخر؛ فتعينت القرعة؛ حسمًا لتنازعهما، فلو خرجت لأحدهما، قال البندنيجي: لم يكن له أن يستوفيه حتى يستأذنه؛ لأن حقه قائم، وهذا ما ادعى القاضي الحسين أنه[٣] الأظهر.

وحكى وجهًا آخر: أنه يجوز بعد خروج القرعة بدون[٤] إذنه، نعم لو منعه منه، امتنع.

قال: [فإن بدر][٥] **أحدهما، فاقتص**، أي: بغير قرعة، ولا إذن من صاحبه، ولا حكم [من][٦] حاكم بالمنع منه، وهو عالم بتحريم ذلك ففيه قولان:

أحدهما[٧] : [أنه][٨] **لا قود عليه**؛ لقوله ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»[٩] و«ادْرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَلَأَنْ يُخْطِئَ الإِمَامُ فِي العَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي العُقُوبَةِ»[١٠].

والشبهة ثابتة من وجهين:

أحدهما-وهو الأظهر عند الإمام والرافعي-: أن له فيه حقًّا، فاندفع عنه

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: فيه.
(٤) في جـ: بغير.
(٥) في جـ: وإن نذر.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في التنبيه: أصحهما.
(٨) سقط في جـ.
(٩) تقدم.
(١٠) أخرجه الترمذي (٤/ ٣٣) كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، برقم (١٤٢٤)، والدارقطني (٣/ ٨٤) كتاب الحدود والديات، برقم (٨)، والحاكم (٤/ ٣٨٤)، كتاب الحدود، والبيهقي (٨/ ٢٣٨) كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٣٣١)، كلهم من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة».
وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري، ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث. ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه، وهو أصح... اهـ.
وقال في «العلل الكبير»، ص (٢٢٨)، رقم (٤٠٩، ٤١٠): سألت محمدًا عن هذا الحديث؟
فقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. فرده الذهبي بقوله: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي متروك.
قال البيهقي: تفرد به يزيد بن زياد الشامي عن الزهري وفيه ضعيف. ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعًا ورشدين ضعيف. اهـ.

الحد به؛ كما لو وطئ الجارية المشتركة.

والثاني: أن من علماء المدينة، أو أكثرهم- كما قال القاضي أبو الطيب- من ذهب إلى أن لكل من الورثة الانفراد باستيفاء القصاص، حتى لو عفا بعضهم- كان لمن لم يعف القصاص، وقد حكى الماوردي، والمحاملي وغيرهما ذلك عن مالك أيضاً، واختلاف العلماء في إباحة الفعل الذي لا يدعو قليله إلى كثيره شبهة دارئة للعقوبة؛ [ولذلك لا نوجب][١] الحد في الأنكحة المختلف فيها.

وهذا القول اختاره المزني، وصححه الرافعي، والقاضي أبو الطيب، والمحاملي، والإمام، والمصنف.

والثاني[٢]: يجب عليه القود؛ لأنه استوفى أكثر من حقه؛ فلزمه القصاص فيه؛ كما لو كان له القصاص في الطرف؛ فاستوفى النفس.

وأيضاً: فإن القصاص لهما؛ فإذا استوفاه أحدهما، فقد قتل نصفًا لا يملكه.

قال القاضي أبو الطيب: [فجاز][٣] أن يقاد به؛ كما إذا اشترك رجلان في قتل واحد؛ فإنهما يقتلان به، ويكون كل واحد منهما بنصفه.

وقد وافق القاضي في هذا التعليل المحاملي، والبندنيجي، والماوردي، وابن الصباغ، والمصنف، والرافعي، وإن اختلفت عباراتهم.

وقد ادعى الجيلي أن هذا القول هو الأصح في «الشامل»، و«البسيط»، ولم أره في «الشامل» في موضعه، [و«البسيط» لم أقف عليه فيه][٤] ونسبه المتولي إلى القديم.

أما إذا كان القتل بقرعة، أو بإذن الآخر، أو كان القاتل جاهلاً بالتحريم - فلا يجب عليه [وجهًا][٥] واحدًا، صرح به في «التهذيب» في الأخيرة.

ولو كان بعد حكم الحاكم بالمنع منه، قال الماوردي: فالصحيح أن عليه القود؛ لنفوذ حكمه برفع الشبهة فيه.

قال وإن عفا أحدهما، ثم اقتص الآخر قبل العلم بالعفو، أو بعد العلم وقبل الحكم بسقوط القود، أي: وقلنا: لا قود عليه إذا اقتص قبل العفو- ففيه قولان:

---

(١) في د: وكذلك لا نوجد.
(٢) في التنبيه: والآخر.
(٣) طمس في جـ.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في د.

أصحهما: أنه يجب [عليه][١] القود.

والثاني: لا يجب.

هذان القولان بناهما الأصحاب على الوجهين في [علة][٢] امتناع القصاص في المسألة السابقة:

فمن قال: العلة ثَمَّ شبهة أن له فيه حقًّا، قال بوجوبه هنا؛ لأن بالعفو سقط حقه؛ فأشبه ما لو قتله بعد عفوهما، أو قتله العافي بعد عفوه، فإنه يجب القود قولاً واحدًا.

ومن قال: العلة ثَمَّ شبهة اختلاف العلماء لم يوجب[٣] [القود][٤] هنا؛ لأن اختلافهم[٥] موجود، لكن هذه العلة قد ينقضها [ما][٦] إذا قتل المسلم ذمياً، فقتله وليه؛ فإنا نقتله به، وإن كان الخلاف في قتله ثابتاً، فلا جرم كان الصحيح الأول.

ولا شك في أن الخلاف المذكور في قتله بعد العلم بالعفو مرتب[٧] على الخلاف في قتله بعد العفو وقبل العلم به، وأولى بإيجاب القصاص؛ وكذا حكاه البندنيجي، ومن هنا[٨] تخرج طريقة قاطعة بإيجاب القصاص فيما إذا قتله بعد العلم بالعفو، وقد حكاها ابن الصباغ وغيره [وأما][٩] إذا قتله بعد العفو وحكم الحاكم بسقوط القصاص-وجب القصاص قولاً واحداً، سواء علم بالعفو أو لم يعلم، صرح به القاضي أبو الطيب والبندنيجي؛ لأن بحكم الحاكم يصير المختلف فيه إجماعاً[١٠]، فتزول الشبهة.

وهذا الجزم فيه نظر؛ لأنا قد حكينا فيما إذا قتل من [قد][١١] عهده مرتدًا، وثبت أنه أسلم قبل القتل في[١٢] وجوب القصاص عليه- قولين، [مع][١٣] أنه لا شبهة في إباحة قتله، إلا كونه بني على استصحاب الحال، وذلك موجود هنا.

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في د: يجب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ، د: بخلافهم.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في د: طريت.
(٨) في أ: هذا.
(٩) في جـ: أما.
(١٠) في د: اجتماعًا.
(١١) سقط في جـ، د.
(١٢) في جـ: ففي.
(١٣) سقط في جـ.

ووجه الشبه بين الصورتين: أن المقتول معصوم بالإجماع، والقاتل جاهل بحاله، غير معذور في الإقدام.

نعم [الأشبه ما قاله البندنيجي؛ وهو الجزم بوجوب القصاص إذا وقع القتل بعد الحكم، سواء علم بالحكم(١) أو لم يعلم](٢). وقد يتخيل بينهما فرق؛ وهو أن المرتد كان مهدر الدم بالنسبة إلى القاتل، بل إلى كل واحد، ومنعه من قتله حذر من الافتيات على الإمام؛ لكون الاستيفاء منصبه، ولما كان الأمر كذلك قويت الشبهة في استصحاب المهدر؛ فسقط القصاص، ولا كذلك في مسألتنا، فإن المقتول بالنسبة إلى القاتل معصوم الدم؛ ولذلك تجب عليه الكفارة والدية؛ فضعفت الشبهة في استصحاب المسقط للقصاص فقط، وهو عدم العفو، فوجب القصاص، [والله أعلم](٣).

قال: وإن(٤) **قلنا: يجب، فأُقِيد منه، وجبت الدية**، أي: دية المقتول أولاً، في تركة القاتل الأول.

ووجهه في الصورة الأولى- كما قاله ابن الصباغ، والرافعي وغيرهما-: أن القصاص لمَّا وجب، لم يقع قتل الجاني قصاصاً؛ كما لو قتله أجنبي، وإذا(٥) فات القصاص وجبت الدية.

ووجهه في الصورة الثانية والثالثة: أن بالعفو تعين حق ورثة المقتول أولاً في الدية، ولم يؤخذ، ولا عوض عنها، ثم الدية - في هذه الحالة(٦) - تصرف إلى ورثة المقتص وإلى الذي لم يقتص، [كما كانت تصرف إلى](٧) من اقتص وإلى [من لم يقتص](٨) لو(٩) مات القاتل، وهذا مجزوم به في طرق(١٠) الأصحاب.

قلت: وفيه في الصورة الأولى نظر؛ لأنهم جعلوا علة وجوب القصاص فيها كون المقتص استوفى أكثر من حقه، أو(١١) كونه قتل نصفًا لا يملكه، ومثل ذلك يوجب القصاص؛ كما إذا اشترك اثنان في قتل رجل، وهذا منهم دليل ظاهر على

---

(١) في جـ: الحكم.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في التنبيه، جـ، د: فإن.
(٥) في جـ، د: فإذا.
(٦) في أ: الصورة.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: و.
(١٠) في جـ: طريق.
(١١) في أ: و.

جعله مستوفياً لحصته من القصاص، وإنما وجب عليه القتل؛ لاستيفائه حق الآخر؛ فكان [يجب أن يقال: لا][(١)] يجب [من الدية][(٢)] في تركة القاتل أولاً إلا قدر نصيب الذي لم يقتص.

نعم، لا يرد ما ذكرته على الإمام، فإنه جعل علة القول بوجوب القصاص أن استيفاءه حق نفسه من القصاص غير ممكن، ولا سلطان له في استيفاء حق أخيه؛ فلا يقع قتله عن جهة القصاص[(٣)]، لا في حقه، ولا حق أخيه، وإذا لم يقع عن جهة القصاص، كان قتله [إياه][(٤)] بمثابة قتل الأجنبي [والله أعلم][(٥)].

أما إذا لم يقد منه، فإن عفا عنه مجاناً، فالحكم كما لو أقيد منه؛ وكذا إذا أطلق العفو، وقلنا: مطلقه لا يُوجب الدية، فأما إذا قلنا: مطلقه يوجبها، أو عفا عليها؛ فالحكم كما إذا قلنا: لا يجب القود في حال القتل بعد العفو، وسنذكره.

قال: فإن[(٦)] **قلنا: لا يجب، فقد استوفى المقتص حقه:**

أما في الصورة الأولى، فظاهر؛ لأن قتل الجميع يتضمن قتل البعض.

وفي «التتمة» أن من علل[(٧)] من أصحابنا سقوط القصاص باختلاف[(٨)] العلماء، لم يجعل للشركة تأثيراً؛ فلا يصير مستوفياً حقه.

وأما في الصورة الثانية والثالثة، فلأن الواجب عليه دية الذي قتله، والواجب له نصف دية مورثه؛ فسقط مما عليه بإزاء ما له، وبقي الباقي في ذمته، وهذا ما جزم به البندنيجي، وهو من الشيخ، ومنه تفريع على وقوع التقاص[(٩)] بنفس الوجوب.

أما إذا قلنا: لا يحصل إلا بالتراضي، لم يجعل المقتص مستوفياً لحقه إلا به، صرح به الماوردي، والمصنف وغيرهما.

واستشكل الرافعي جريان التقاص[(١٠)] في مسألتنا؛ من حيث إن موضع الخلاف في التقاص؛ إذا تساوى الديتان في الجنس والصفة، حتى لا يجري فيما

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: الاستيفاء.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) في التنبيه: وإن.
(٧) في د: عللو.
(٨) في د: اختلاف.
(٩) في ج: القصاص.
(١٠) في ج: النقصان.

إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، أو كانا مختلفين في[(١)] قدر الأجل، قال: وهاهنا إحدى الديتين ثبتت في ذمة الابن القاتل[(٢)] لوارث الجاني، والأخرى تتعلق بتركة الجاني، ولا تثبت في ذمة الوارث، وهذا الاختلاف أشد من الاختلاف في قدر الأجل.

قلت: وجوابه أن للشافعي -رضي الله عنه- قولين في أن الدية تثبت للمقتول أولاً، أو[(٣)] للوارث ابتداء؟

فإن قلنا بالأول- وهو الصحيح في الطرق- فمن وجب في ذمته الدين هو الذي وجب له الدين؛ فلا[(٤)] اختلاف.

وإن قلنا بالثاني، فلا نسلم أن هذا الاختلاف أشد من الاختلاف في قدر الأجل؛ لأن الدية- وإن وجبت للوارث ابتداء- فهي متعلق حق أرباب الديون على المورث[(٥)] ، ومحل لتنفيذ[(٦)] وصاياه باتفاق الأصحاب، فكانت كأنها له.

نعم، الانتقاد على الأصحاب في شيء سأذكره من بعد، وهذه مادته.

قال: ووجب لأخيه نصف الدية، أي: في الصورة الأولى من غير تفصيل؛ لأنه فات عليه القصاص بدون رضاه؛ فانتقل حقه إلى ما يقابله من الدية[(٧)] ؛ كما لو فات بعفو شريكه، وهل هي نصف دية مورثه، أو نصف دية قاتل أبيه[(٨)] ؟ يظهر مجيء الوجهين اللذين حكيناهما عن رواية المتولي من قبل، وتظهر فائدتهما فيما لو كان المقتول أولاً مسلماً، وقاتله ذميّ، ثم أسلم، وأما [في الصورة][(٩)] الثانية والثالثة، فكذلك الحكم إن كان قد عفا على الدية، أو أطلق، وقلنا: العفو المطلق يوجب الدية؛ لما ذكرناه من قبل.

أما إذا قلنا: لا يوجبها، أو[(١٠)] صرح بإسقاط الدية عند العفو، فلا يجب [له][(١١)] شيء.

قال: وممن يأخذ؟ فيه قولان:

(١) في د: و.
(٢) في جـ: الذمة للقاتل.
(٣) في جـ: و.
(٤) في جـ: بلا.
(٥) في أ: الموروث.
(٦) في جـ: لتقييد.
(٧) زاد في جـ: أي.
(٨) في جـ: ابنه.
(٩) في د: الصورة في.
(١٠) في أ: لو.
(١١) سقط في د، جـ.

أحدهما: من أخيه المقتص، قال الأصحاب: لأن نفس قاتل أبيه كانت مستحقة لهما، فإذا قتله أحدهما فقد أتلف ما يستحقه[١] هو وأخوه؛ فوجب عليه ضمان حق أخيه؛ كما لو كانت لهما وديعة؛ فأتلفها أحدهما، وهذا التعليل يفهم اختصاص هذا القول بالصورة الأولى، مع أنه جار فيها، وفيما عداها؛ كما صرح به الماوردي، وكذا ابن الصباغ، ووجهه بأن القصاص وإن سقط قبل القتل، فالقاتل محل الحق؛ فإذا أتلفه متلف انتقل الحق إليه.

والثاني: من تركة الجاني؛ كما لو قتله أجنبي؛ [و][٢] هذا ما اختاره المزني، وهو الأصح عند النواوي وغيره.

قال[٣] الأصحاب: ويخالف الوديعة؛ فإنها غير مضمونة لو تلفت بآفة سماوية[٤]، ونفس الجاني أولاً مضمونة لو تلفت بآفة سماوية.

وأيضاً: فإن الوديعة لو أتلفها أجنبي لضمنها لهما؛ فكذلك إذا أتلفها أخوه؛ بخلاف ما لو قتل الجاني [أولاً أجنبيٌّ][٥]؛ فإن ديته تكون لورثته على الأجنبي، ودية المقتول أولاً في تركة قاتله، على أن في هذه الصورة - أيضاً - وجهاً حكاه الرافعي: أن دية المقتول أولاً تجب على الأجنبي، ولا تجب في تركة القاتل.

وقد حكي في مسألة الكتاب عن ابن سريج قول ثالث مخرج: أن الذي لم يقتل من الابنين يتخير بين أن يأخذ حقه من أخيه، وبين أن يأخذه من تركة الجاني، وينزلان منزلة الغاصب، والمتلف من يد الغاصب.

تنبيه: محل قولنا: إن نصيب[٦] الذي لم يقتص من الدية يأخذه من أخيه إذا كانت دية المقتول أولاً ودية قاتله[٧] مستوية، أما لو اختلفتا[٨]؛ بأن كان المقتول أولاً مسلماً، وقاتله ذميّ - فإن الواجب على المقتص في هذه الصورة نصف دية الذميّ، وهو[٩] سدس دية المسلم، ولأخيه نصف دية مسلم؛ فقد قال ابن الصباغ: لو قلنا: إنه يرجع عليه، لم يمكن أن يرجع عليه بنصف دية المسلم، ولا يمكن أن يرجع على أخيه، وورثة القاتل؛ لأن على هذا القول: أخوه أتلف جميع حقه،

---

(١) زاد في أ: لهما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: من.
(٤) زاد في جـ: أيضًا.
(٥) في جـ: أو الأجنبي.
(٦) في د: نصف.
(٧) في جـ: القاتل.
(٨) في جـ: اختلفا.
(٩) في د: وهي.

ولم يذكر[١] أصحابنا هذا الفرع، وهذا يدل على تضعيف هذا القول.

فرع: إذا أبرأ الأخ - الذي لم يقتل - أخاه من نصف الدية، أو أبرأه ورثة القاتل منه؛ إن قلنا: إن حق الأخ يأخذه من أخيه، برئ، ولا شيء عليه لأحد، ولا يبرأ بإبراء ورثة المقتص منه. وإن قلنا: إن نصيب الأخ يأخذه من تركة القاتل، لم يبرأ بإبراء أخيه، ويبرأ بإبراء الورثة.

قال المحاملي والبندنيجي والماوردي وغيرهم: وتبرأ الورثة - أيضًا - على هذا القول بإبراء الذي لم يقتص؛ لأن الحق يثبت له عليهم.

وهذا فيه نظر؛ لأن دية المقتول أولاً واجبة في ذمة مورثهم دونهم، وإن تعلقت بالتركة؛ وهي ملكهم، فحصول براءتهم[٢] بالإبراء ولا شيء في ذمتهم- لا وجه له، وهذا ما وعدْتُ به من قبل.

فرع: إذا كان المقتص جاهلا بتحريم القتل، فقد ذكرنا أنه لا قود عليه جزماً، لكن هل حكم هذا القتل حكم الخطأ حتى يتحمل بدله العاقلة، أم[٣] لا؟ فيه قولان:

فإن قلنا: تتحمله العاقلة، فالحكم كما إذا قلنا بوجوب القصاص، واقتص منه لكن في هذه [الحالة][٤] يثبت لورثة القاتل أولاً ديته على عاقلة المقتص مؤجلة.

قلت: وينبغي أن يلاحظ فيه جعل[٥] الخاطئ مستوفيا لحقه، حتى لا يجب على عاقلته إلا نصف دية القاتل أولا، على وجه.

وإن قلنا: إن العاقلة لا تتحمله[٦] ؛ فالحكم كما إذا قلنا بامتناع القصاص في حالة القتل بعد العفو، وقد ذكرناه.

قال: وإن كان القصاص لصبي أو معتوه، حبس القاتل حتى يبلغ الصبي، ويفيق[٧] **المعتوه.**

هذا الفصل ينظم حكمين:

---

(١) في د: يذكره.
(٢) في أ: تركتهم.
(٣) في د: أو.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: فعل.
(٦) في د: تحمله.
(٧) في ج، د: أو يفيق.

أحدهما: بمفهومه، وهو أن وليهما لا يجوز له القصاص ولا العفو على مال.

والثاني: بمنطوقه، وهو حبس القاتل.

ووجه الأول: أنه قتل ثابت غير متحتم لمعين، فلا يجوز استيفاؤه، ولا إسقاطه إلا برضاه؛ كما لو كان غائباً، أو بالغاً؛ ولأن القصد من القصاص [إنما هو](١) التشفي، ودرك الغيظ؛ وهو لا يحصل باستيفاء(٢) الولي؛ فلذلك لم يدخل تحت ولايته.

قال الجيلي: فلو حكم حاكم باستيفاء القصاص فالأصح: أنه لا ينقض حكمه، ولا فرق في الولي بين أن يكون وصيًّا أو حاكماً أو أباً.

وحكم القصاص في الطرف بسبب قطع طرف المولى عليه أو غيره، حكْمُ القصاص في النفس؛ كما صرح به المحاملي في «المجموع»، والقاضي الحسين، والرافعي.

وفي «الذخائر»: أن هذا مخصوص بما إذا ثبت له بإرث عن(٣) غيره، أما إذا ثبت له بجناية على طرفه فلوليه استيفاؤه.

وحكى عن القفال أن للسلطان استيفاء قصاص المجنون بعد الأب.

وقال الإمام في باب اللقيط: [كان الشيخ أبو بكر يزيفه](٤).

ووجه الثاني: أن في حبس القاتل مصلحة له؛ لأنه لا يقتل في الحال، ومصلحة للمولى(٥) عليه؛ لأنه يستوفيه في حالة يصح تشفيه، ودرك غيظه.

وأيضاً فإنه استحق قتله، وفيه إتلاف نفسه ومنفعته؛ فإذا تعذر استيفاء نفسه، أتلفنا منفعته بالحبس إلى أن يمكن إتلاف نفسه.

وكما يحبس القاتل يحبس القاطع لطرف يجب عليه به القصاص كي لا يفوت الحق بتواريه وهربه(٦)، والمتولِّي للحبس: الحاكم دون الولي، ولا يتوقف على طلب الولي؛ صرح به الماوردي.

وهكذا(٧) الحكم لو كان المستحق للقصاص في النفس غائباً، دون القصاص

---

(١) سقط في أ، د.

(٢) في جـ: من استيفاء.

(٣) في جـ: من.

(٤) في جـ: إن الشيخ أبا بكر كان يزيفه.

(٥) في جـ: المولى.

(٦) في د: وهرقه.

(٧) في د: وهذا.

في الطرف- عند ابن الصباغ- لأن للميت في قصاص النفس حقاً[١]، وللحاكم ولاية على ما يخلفه الميت، بخلاف مال الغائب المكلف.

قال الرافعي: وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه، ويشعر بأخذ مال الغائب ويحفظ[٢] له، وأنه[٣] يحبس لقصاص الطرف [أيضاً][٤].

وفي «الحاوي» أنه لا يحبس لقصاص الغائب إلا باستدعاء منه.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أن الشيخ أبا عليّ قال: لا يحبس القاتل؛ لأن الحبس ضم عقوبة إلى القصاص المستحق عليه، وحمل الحبس في كلام الشافعي -رضي الله عنه- على التوقف والإنظار.

والمشهور الأول، وعليه جرى الإمام والقاضي الحسين.

قال: وإن[٥] **كان الصبي والمعتوه**[٦] **فقيرين [يحتاجان إلى ما ينفق]**[٧] **عليهما، جاز لوليهما العفو على الدية**؛ لأن هذا موضع ضرورة؛ فجاز له ذلك؛ كما نقول في بيع عقاره.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه يستحق[٨] النفقة في بيت المال؛ فلا حاجة إلى العفو عن القصاص، وهذا ما ادعى البندنيجي أنه المنصوص، والجيلي أنه الأصح، وقال الرافعي: إنه الأظهر في الصبي، بخلاف المجنون؛ فإن الأظهر فيه الجواز.

قال الماوردي: ويحتمل وجهاً ثالثاً: أن يعتبر حال الولي: فإن كان مناسباً، أو وصيًّا، لم يصح عفوه؛ [وإن[٩] كان حاكماً صحَّ عفوه][١٠]؛ لأنه حكم يجوز أن ينفذ باجتهاده.

أما إذا كان فقيراً غير محتاج إلى ما ينفق عليه؛ بأن كان له قريب تلزمه نفقته، لم يجز له العفو جزماً، صرح به الماوردي وغيره.

وقد أطلق الغزالي هنا حكاية نص للشافعي[١١] - رضي الله عنه- فيما إذا

---

(١) زاد في د: والحاكم.
(٢) في أ: ويحفظه.
(٣) في د: فإنه.
(٤) سقط في د.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في التنبيه: أو المعتوه.
(٧) في د: محتاجين إلى ما ينفقه، وفي جـ: محتاجين إلى ما ينفق.
(٨) في أ: مستحق.
(٩) في د: فإن.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في د: الشافعي.

[وجب القصاص لمجنون: أن لوليه المطالبة بالأرش؛ للحيلولة، وفيما إذا][(١)] كان لصبي أنه ليس له، من غير تقييد بحالة الفقر، ووجه ذلك بأن للصبي أمداً[(٢)] ينتظر؛ بخلاف المجنون[(٣)]، وأن من الأصحاب من خرج من كل مسألة إلى الأخرى وجهاً، واتبع في هذا الإطلاق الإمام، وقد وافقهما على ذلك- في المجنون- أبو إسحاق الخراط؛ كما ذكره القاضي الروياني عنه، لكنا حكينا في باب اللقيط: أن محل النص في المجنون إذا كان معسراً.

وعن الإمام نفي الخلاف في الصبي إذا كان عاقلًا مميزًا موسرًا؛ فتعين حمل النصين[(٤)] المطلقين هنا على حالة الاحتياج فيهما، وحمل ما أطلقه البندنيجي من حكايته أن قول المنع الذي ذكره الشيخ هنا هو المنصوص على الصبي خاصة؛ كما صرح به في المهذب، وحينئذ يستقيم التخريج، [والله أعلم][(٥)].

وقد حكينا[(٦)] في باب اللقيط تتمات تتعلق بما نحن فيه؛ فلتطلب منه.

قال: وإن وثب الصبي أو المعتوه[(٧)]، **فقتل الجاني**، أي: أو[(٨)] قطع طرفه المستحق له - **فقد قيل: يصير مستوفيا**؛ لأنه وإن منع من القصاص فهو المستحق له، ولا[(٩)] سبيل إلى إحباط[(١٠)] فعله؛ فصرف إلى استيفاء حقه؛ وكما لو كان له وديعة عنده، فأتلفها. وهذا ما جزم به القاضي الحسين قبيل باب: عفو المجني عليه في الصبي، وقاسه على ما إذا اشترى قيم الطفل له عبدًا؛ فبادر الصبي وقتله قبل القبض؛ فإنه يصير قابضاً، وألحق استيفاء القصاص في الطرف باستيفائه في النفس.

وقال المتولي: إنه الصحيح في استيفاء الطرف في الصبي والمجنون.

قال: **والمذهب: أنه لا يصير مستوفياً**؛ لأنه ليس من أهل الاستيفاء، ويخالف مسألة البيع والوديعة؛ لأن هناك فعله مضمون، والملك له، فلو لم نجعله مستوفياً لأوجبنا عليه ضمان ملكه، وهنا[(١١)] لا ملك له في محل القصاص؛ بدليل ما لو

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: أنه.
(٣) في د: الجنون.
(٤) زاد في جـ: على.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: ذكرنا.
(٧) في التنبيه: المجنون.
(٨) في د: و.
(٩) في جـ: فلا.
(١٠) في د: اختلاط.
(١١) في جـ: هناك.

أتلفه أجنبي؛ فإنه لا يضمن له- على المذهب- وإذا كان كذلك لم يلزم[١] منه إذا ضمناه أن نضمنه ملك نفسه.

وقد فرق الشيخ في المهذب وغيره من الأصحاب بين ما نحن فيه، وبين الوديعة؛ بأنها[٢] لو تلفت من غير فعل [برئ منها المودع، ولو هلك الجاني من غير فعل][٣] لم يبرأ من الجناية؛ فعلى هذا هل تجب دية القاتل المقتول في مالهما، أم على عاقلتهما؟ فيه خلاف مبني[٤] على أن عمدهما عمد، أم لا؟

فإن قلنا: إنه عمد، كانت في مالهما، ويجيء فيها أقوال التقاص.

وإن قلنا بمقابله، كانت على العاقلة مؤجلة، وحقهما في تركة القاتل المقتول حالاً.

قال الإمام: وهذا الخلاف غير مذكور في طريقنا، لكن قياس أئمتنا يقتضيه.

و[قد][٥] احترز الشيخ بلفظ: «وثب» وهو القتل بدون إذن الجاني عما إذا قتله بعد تمكينه من نفسه؛ فإنه لا يكون مستوفياً وجهاً واحداً، ويكون فعله مهدرًا لا ضمان فيه؛ لتفريطه.

قال أهل اللغة: يقال: وَثَبَ يَثِبُ وَثْبًا ووُثُوبًا ووِثَابًا؛ أي: طفر.

وحكم البالغ العاقل إذا قتل الجاني، أو قطع طرفه خطأ - حكم الصبي والمجنون في جريان الخلاف؛ كما صرح به المتولي والغزالي، وأبداه[٦] الإمام تخريجاً، لكن الأصح: أنه يجعل مستوفيًا، وهو ما جزم به القاضي الحسين في باب القصاص في الشجاج، وقال الإمام ثَمَّ: إنه الذي يجب القطع به، وهو الذي تقتضيه علة الأصحاب؛ حيث عللوا قول المنع في الصبي والمجنون بأنهما ليسا من أهل الاستيفاء، وهذا من أهله.

قال: وإن قتل من لا وارث له جاز للإمام أن يقتص، أي: إذا رأى ذلك مصلحة، وله أن يعفو على[٧] **الدية**؛ [أي:][٨] إذا رآه مصلحة؛ لأن الحق للمسلمين؛ فكان للإمام الذي هو نائبهم أن يفعل ما فيه مصلحتهم؛ كولي[٩]

---

(١) في أ: يلزمه.
(٢) في جـ: فإنها.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: ينبني.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ، د: أبداه.
(٧) في جـ: عن.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: كمولى.

الطفل في ماله، وقد تقدم في كتاب[(١)] اللقيط حكاية قول عن رواية البويطي أنه لا قصاص بقتل من لا وارث له.

قال المتولي: وعلى ذلك يخرج إيجاب القصاص على من قتل من وارثه الخاص[(٢)] لا يستوعب جميع ميراثه، فعلى الأول يجب ويستوفي باتفاقه، واتفاق الإمام معه، ولا يجوز بدون ذلك. وعلى الثاني: لا يجب أصلا، ولا يجوز للإمام العفو عن القصاص والدية؛ لأنه تصرف لا حظ للمسلمين فيه، فلم يملكه؛ قاله في المهذب.

وقد ذكرت عن القاضي الحسين [وغيره في باب الوصية حكاية وجه: أن الوصية بالزائد على الثلث ممن لا وارث له تنفذ بإجازة الإمام؛ إقامة له مقام الوارث الخاص، وعلى هذا: لا يبعد أن يصح عفوه مجانًا.

قال:][(٣)] وإن قطع أصبع رجل، أي: عمدًا، وهو حر، فقال: **عفوت عن هذه الجناية، وما يحدث منها**[(٤)]؛ **فسرت إلى الكف**[(٥)] - **سقط الضمان**[(٦)] **في الأصبع**؛ أي: من قود ودية؛ لعفوه عنه بعد الوجوب.

وفي «الحاوي» أنا إذا قلنا: [إن][(٧)] الواجب القود عينًا، ولا تجب الدية إلا باختيار الدية - لم يصح العفو عن الدية، [إلا أن يصرح بالعفو عنها.

وعن المزني: أنه لا يصح العفو عن الدية][(٨)]، وإن صرح بالعفو عنها؛ لأنها لا تجب إلا بالاندمال[(٩)]؛ فالعفو عنها وجد قبل وجوبها.

قال الشيخ في «المهذب»: وهذا خطأ؛ لأن الدية تجب بالجناية، وإنما يتأخر استيفاؤها إلى الاندمال كالدين المؤجل، ويدل على ذلك أنه لو جنى على طرف عبده، ثم باعه، ثم اندمل، كان أرش الطرف له دون المشتري.

قال: **ووجبت دية بقية الأصابع**؛ لأنه عفا عنها قبل الوجوب؛ فلم يصح.

قال البندنيجي: ويكون الكف تبعًا للأصل.

وحكى القاضي الحسين وغيره من المراوزة وجهًا: أنه يصح؛ نظرًا إلى أنه

---

(١) في د: باب.
(٢) في جـ: الحاضر.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: فيها.
(٥) في جـ: النفس.
(٦) في جـ: القصاص.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: باندمال.

وجد سبب وجوبها وهو القطع.

وفي كلام القاضي أبي الطيب ما يمنع [أنه سبب][(١)] الوجوب؛ كما سنذكره.

ولا يجب القصاص في بقية الأصابع، وإن قلنا بوجوب القصاص بالسراية إلى الأجسام- كما أفهمه قول الشيخ- وجبت دية بقية الأصابع؛ [لحدوثها من معفوٍّ عنه][(٢)].

أما إذا قال: عفوت عن هذه الجناية، ولم يزد - فقد حكى البندنيجي والمحاملي عن نص الشافعي في «الأم» فيما إذا لم تسر إلى الكف: أنه عفو عن القود، دون العقل[(٣)]؛ لأنه ما عفا عن المال.

وزاد المحاملي في الحكاية عنه: فإذا سقط وجبت الدية. ثم قال: وهذا مفرع على قولنا: إن موجب العمد القود، أما إذا قلنا: موجبه أحد الأمرين، ففي بقاء دية الأصبع احتمالان، وكذلك حكاهما الرافعي عن القاضي الروياني.

وفي «الحاوي»: أنه عفو عن القصاص وعن دية الأصبع؛ إذا قلنا: الواجب أحد الأمرين، وإن قلنا: الواجب القود، ولا تجب الدية إلا باختيارها - لم يصح.

قلت: وما ذكروه[(٤)] يظهر جريانه في مسألتنا؛ لأن السريان لا يظهر له معنى في دية الأصبع، وأما دية بقية الأصابع- فتجب، ولا يجيء فيها الوجه السابق؛ نظرًا إلى صحة الإبراء عما لم يجب، ولكن جرى سبب وجوبه.

نعم حكى الطبري، والقاضي الحسين وغيرهما من المراوزة وجهًا: [أنها لا تجب][(٥)]؛ موجهين ذلك بأن السراية تولدت من[(٦)] جناية غير مضمونة؛ فلم تكن مضمونة؛ كما لو قطع يد مرتد، فأسلم، ثم سرى -لم تكن تلك السراية مضمونة؛ [وكما][(٧)] لو قال لشخص: اقطع يدي، فقطعها، فسرى القطع إلى عضو آخر، وقضية هذا التعليل: أن يطرد هذا الوجه فيما إذا سرت الجناية إلى النفس، لكن القاضي حكى وجوب ما زاد على دية الأصبع بلا خلاف.

ثم [من][(٨)] طريق الأولى - على هذا الوجه- لا يجب القصاص في بقية

---

(١) في جـ: بسبب.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: القود.
(٤) في جـ: ذكره.
(٥) في أ: أنه لا يجب.
(٦) في جـ، د: عن.
(٧) في أ: كما.
(٨) سقط في د.

الأصابع، وأما على[1] الأول- وهو المذهب- فقد قال الأصحاب: لا يجب القصاص أيضًا، ويجيء على قياس قول أبي الطيب بن سلمة- الذي سنذكره من بعد - أنه يجب[2] إذا قلنا بوجوبه بالسراية[3] إلى الأجسام؛ كذا قال الرافعي[4].

قال: وإن[5] **سرت إلى النفس سقط القصاص**، أي: في الجميع، قال المحاملي: لأن[6] القصاص يسقط[7] في الأصبع؛ لعفوه، وإذا سقط في البعض سقط في الكل؛ لأنه لا يتبعض.

وقال القاضي أبو الطيب: لأن السراية تابعة للجناية في حكم القصاص؛ بدليل ما لو قطع يد مرتد، ثم أسلم، ثم سرت الجناية[8] إلى نفسه؛ فإنه لا يجب القصاص فيها؛ كما لا يجب في الطرف؛ كذلك هاهنا: لما سقط القصاص في الجناية، سقط في سرايتها، وهذا ما ادعى القاضي الحسين نفي خلافه.

وفي «ابن يونس» أنه قيل بوجوبه في النفس؛ لأن الفعل كان عدوانًا، ولم يعف عن النفس. وهذا الوجه حكاه المتولي والقاضي الحسين والإمام وغيرهم عن أبي الطيب بن سلمة فيما إذا قال: عفوت عن هذه الجناية، ولم يزد؛ فسرت إلى نفسه.

وذكر في «الزوائد»: أن الطبري حكى عن ابن سلمة أنه حكى ذلك قولًا مخرجًا عن ابن سريج، وعلى هذا قال القاضي ابن كج: لو عفا عن القصاص لم يكن له إلا نصف الدية؛ لسقوط النصف بالعفو عن أرش اليد[9].

قال: **وهل تسقط الدية؟ فقد قيل: إن ذلك وصية للقاتل**، أي: في الحكم بدليل اعتبار الدية من الثلث، وفيها قولان قد تقدم توجيههما. فعلى هذه الطريقة:

---

(١) زاد في جـ: القول.
(٢) زاد في جـ: ما.
(٣) في جـ: إلى السراية.
(٤) في أ: الشافعي.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) زاد في أ: في.
(٧) في جـ: سقط.
(٨) في جـ، د: الجراحة.
(٩) قوله: وإن قطع إصبع رجل، فقال: عفوت عن هذه الجناية وما يحدث منها، فسرت إلى النفس - سقط القصاص في الجميع.
وقيل: يجب في النفس، وعلى هذا قال القاضي ابن كج: لو عفا عن القصاص لم يكن له إلا نصف الدية لسقوط النصف بالعفو عن أرش اليد. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخره من إيجاب النصف وتعليله بما ذكره غلط، بل يجب له تسعة أعشار الدية؛ لأن المقطوع إنما هو الأصبع وواجبها عشر من الإبل، نعم، ابن كج فرض المسألة فيما إذا كان المقطوع هو اليد، فنقل المصنف ذلك الحكم إلى هذا المثال سهوًا. [أ و].

إن قلنا بقول الصحة، وخرجت من الثلث - برئ منها، وإلا برئ بقدر ما يخرج منه، ووجب الباقي. وإن قلنا بالمنع وجب جميع دية النفس، ولم يبرأ منها بالعفو عنها.

قال الماوردي: وسواء[(١)] ما وجب بالجناية قبل العفو، وما حدث[(٢)] [بعده بالسراية][(٣)]؛ لأن سراية جنايته إلى النفس قد جعلته قاتلا.

فإن قيل: إذا أبطلتم الوصية للقاتل، وأبطلتم عفوه عن الدية؛ فهلا بطل عفوه عن القصاص؛ لأنه وصية للقاتل؟!

قيل: لأن الدية مال، والقود ليس بمال؛ بدليل عدم صحة الوصية به لأجنبي، بخلاف الدية.

فإن قيل: لِمَ كان العفو كالوصية إذا سرت إلى النفس على أحد القولين، ولم يكن كالوصية إذا سرت إلى الكف واندمل، قولًا واحدًا؟

قال البندنيجي: قلنا: لأنها إذا سرت إلى النفس كان ذلك عطية تجب بالموت؛ فكانت وصية، وإذا اندمل الكف، ولم يمت- كان إبراء عن عقلها؛ فلهذا لم يصح عما لم يجب.

وهذا الجواب فيه نظر؛ لأنا قد ذكرنا أن جعله وصية من طريق الحكم، لا أنه وصية حقيقة، وإذا كان كذلك: فإن كانت مسألة الاندمال مصورة بما إذا صح، ولم يمت من تلك الجراحة ولا من غيرها، فهذه الحالة لا يعتبر فيها التبرعات من الثلث، بل من رأس المال؛ فانقطع عن التصرفات فيها حكم الوصية.

وإن كانت مسألة الاندمال مصورة بما إذا كان في حالة البراءة مريضًا ومات من ذلك المرض- فالإبراء هاهنا في معنى الوصية؛ فلا يحصل بما ذكره[(٤)] جواب، [والله أعلم][(٥)].

وفي «الجيلي»: أن الشيخ أبا محمد في «السلسلة» خرج الخلاف في مسألة الكف على القولين في الوصية للقاتل.

ثم اعلم أن القول [بأن هذا وصية للقاتل][(٦)] مفرع على أن صورة الوصية

---

(١) في جـ: وسوى.
(٢) في د: وجدت.
(٣) في جـ: بعد السراية.
(٤) في جـ: ذكرناه.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.

للقاتل أن يجرحه، ثم يوصي له [أما إذا قلنا: صورتها: أن يوصي له][(١)]، ثم يجرحه وإذا جرحه ثم أوصى له، يصح جزمًا - فقد يقال: يصح هاهنا على هذه الطريقة قولًا واحدًا.

ويظهر أن يقال: لا يكون وصية، بل إبراء؛ كما سنذكره.

قال: وقيل: هو إبراء أي: وليس بوصية؛ لأن الوصية تكون بعد الموت. وهذا ما صححه الرافعي والنواوي، ونسبه ابن الصباغ إلى أبي حامد.

قال: فيصح في أرش الأصبع، أي: إن خرج من الثلث- لتحقق العفو عنه بعد وجوبه، أما إذا لم يخرج من الثلث شيء منه، فلا يصح أيضًا؛ لوقوعه في حال الخوف؛ كذلك أشار إليه ابن الصباغ، وصرح به القاضي الحسين، وقال: إن الحكم كذلك فيما لو قتله آخر قبل الاندمال.

قال: ولا يصح في النفس، أي: في دية [النفس؛ لأنه عفا][(٢)] عما لا يملكه؛ على قولنا: إن الدية تثبت[(٣)] للوارث ابتداء، أو عما لم يجب؛ إن قلنا بأنها تثبت للموروث ابتداء، وكل من العفوين لا يصح.

قال: فيجب عليه تسعة أعشار الدية؛ لأن القطع صار قتلًا؛ فواجبه[(٤)] الدية، وقد برئ مما[(٥)] قابل الأصبع منها [وهو العشر؛ فبقي الباقي][(٦)] وهو تسعة أعشارها.

وقيل: لا يجب له عليه شيء إذا خرج ذلك من الثلث؛ بناء على صحة الإبراء عما لم يجب، [ولكن][(٧)] جرى سبب وجوبه، ولا بد- على هذا- من ملاحظة أن الدية تثبت للقتيل أولًا، ثم تنتقل، أما إذا قلنا: إنها تثبت للوارث ابتداءً فيظهر عدم مجيئه؛ لأن المبرئ غير المستحق، وهذا بخلاف ما إذا قلنا: إن ذلك وصية؛ فإن ذلك لا يلاحظ؛ لكون الدية تنفذ منها الوصايا، وإن قلنا: إن الوارث يملكها ابتداء إلا على قول أبي ثور.

وقد سلك القاضي أبو الطيب، والحسين، وابن الصباغ في هذه المسألة طريقًا

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: الدية، لا عنه.
(٣) في جـ، د: ثبتت.
(٤) في جـ: فتجب به.
(٥) في جـ: عما.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: لكن.

آخر؛ فقالوا: إذا سرى القطع إلى النفس بعد العفو عن الجناية، وما يحدث منها- فالقصاص غير واجب، وأرش الأصبع هل يبرأ منه؟ ينبني على أن الوصية للقاتل [هل][(١)] تصح أم لا؟ فإن منعناها لم تصح، وإلا صحت.

وأما القدر الزائد عليه إلى تمام دية النفس، فهل يصح العفو عنه، أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه عفو عما لم يجب؛ فلا يصح؛ كما لا يصح عفوه عن أرش الكف إذا كانت السراية إلى الكف فقط.

والثاني: يصح، ويفارق ما إذا سرى القطع إلى الكف؛ لأن الجناية على الأصبع لا تكون جناية على الكف؛ بخلاف الجناية على الأصبع؛ فإنها جناية على النفس.

قال الرافعي: وهذا الخلاف بعينه هو الخلاف في[(٢)] أن الإبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، هل يصح؟

قلت: لو كان هو [هو][(٣)] لكان يبرأ عن أرش الكف؛ لأن سبب وجوبه الجناية على الأصبع قطعًا.

ثم قال القاضي وغيره فإن قلنا: لا يصح العفو، وجب تسعون من الإبل، وإن قلنا: يصح، انبنى على القولين في الوصية للقاتل:

فإن[(٤)] قلنا: لا تصح، لم يصح العفو، وكان الحكم كما ذكرناه.

وإن قلنا: تصح، صح العفو، وعلى ذلك جرى الرافعي، لكنه سكت عن[(٥)] القول بصحة العفو عن أرش الأصبع إلي تمام دية النفس، ولم يخرجه على[(٦)] الوصية [للقاتل][(٧)]، وهذا يوهم أنه لا يخرج [عليه][(٨)].

وحاصل الفرق بين الطريقين: أنا - على طريقة ابن الصباغ، ومن معه - إذا صححنا العفو عن أرش الأصبع، وعن القدر الزائد على أرش الأصبع، فنصححه في أرش الأصبع؛ لكونه[(٩)] إبراء [عما وجب، وفي [القدر][(١٠)] الزائد لكونه

(١) سقط في أ، د.
(٢) في أ: على.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: وإن.
(٥) في ج، د: عند.
(٦) في د: عن.
(٧) سقط في د، وفي ج: للوارث.
(٨) سقط في د.
(٩) في ج: كونه.
(١٠) سقط في ج.

إبراء][1] عما وجد سبب وجوبه، ونجعل حكمه حكم الوصية للقاتل؛ كما جعلنا حكمه حكمها في اعتباره من الثلث.

[وعلى طريقة الشيخ - وهي التي أوردها المحاملي، والبندنيجي، والماوردي- نصححه في أرش الأصبع على طريقةٍ؛ لكونه وصية، وعلى طريقة؛ لكونه إبراء، ولا نجعل حكمه حكم الوصية للقاتل، وإن جعلنا حكمه حكمها في اعتباره من الثلث؛ لكونه][2] صدر في حال الخوف، ونصححه في القدر الزائد-إذا صححناه- لكونه وصية قولا واحدا.

ثم على طريقة من صحح العفو عن أرش الأصبع، دون القدر الزائد عليه من الدية[3]؛ لكونه إبراء- سؤال لا يكاد يندفع، ويحتاج في تقريره إلى تجديد العهد بأصلين:

أحدهما: أن الإبراء عن المجهول غير صحيح على المذهب.

والثاني: أن الجراحات إذا سرت إلى النفس، وأفضى الأمر إلى الدية - لا نظر إلى أروشها[4]، سواء كانت مقدرة أو غير مقدرة، بل الواجب- كما قال الإمام - دية واحدة عن النفس، لا عن الأطراف[5]، ولا يختلف مذهبنا في ذلك.

وإذا كان كذلك، فالإبراء حصل عما قابل الأصبع من الدية، وقد تبينا بآخر الأمر أن لا مقابل لها، ولو قيل بأن لها مقابلًا فليس هو عشرًا من الإبل، بل جزء من الدية، وهو[6] مجهول، وقضية ذلك: ألا يصح فيما ادعوه.

فإن قلت[7]: إنما صح[8] عن أرش الأصبع؛ لأني[9] أنزل الإبراء منزلة الاقتصاص، وهو لو اقتص في الأصبع، لسقط من[10] الدية العشر؛ فكذلك إذا عفا عن أرشه.

[قلت: إنما سقط العشر عند القصاص فيه؛ لأنه استوفي ما قيمته العشر، مع أنه لا يمكن رده؛ فصار كما لو تسلم عشرًا؛ بخلاف الإبراء؛ فإنه يقبل الرد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في د: لكن.
(٣) في د: الدين.
(٤) في د: أروشهما.
(٥) في جـ: الطرف.
(٦) في جـ: فهو.
(٧) في أ: قلنا.
(٨) في أ: يصح.
(٩) في جـ: لا في.
(١٠) في جـ: عن.

فإن][1] قلتَ: قد أشار ابن الصباغ- في أواخر باب القصاص بالسيف[2] - إلى شيء يمكن أخذ الجواب منه، وهو أنا عند السراية في مثل هذه الحالة لا نسقط أرش الجناية السابقة بالسراية، بل نوجب بالسراية تمامَ الدية.

قلت: قد تقدم لنا خلاف فيما إذا قطع يده، ثم ارتد ومات في الردة: أن القصاص في اليد هل يجب، أم لا؟ بناء على خلاف حكاه الأصحاب فيما إذا قطع يده؛ فمات: [أنه][3] يجوز لولي المقتول- عندنا- قطع يده، فإن مات و إلا حزَّ[4] رقبته، وهل يكون قطع اليد مقصودًا في الاستيفاء، [أم يكون القطع طريقًا في الاستيفاء؟][5]

والثاني: هو الذي فرع عليه الأصحاب؛ كما سنذكره عن ابن الصباغ في الباب، فينبغي أن تنبني[6] هذه المسألة على هذا الخلاف:

فإن قلنا: إن قطع اليد إنما وجب طريقًا في الاستيفاء؛ فالمقصود[7]: النفس؛ فيكون الواجب ديتها؛ [فلا ينظر][8] إلى أرش الطرف.

وإن قلنا: وجب مقصودًا؛ فحينئذ يتجه الجواب.

ولك أن تجيب عن هذا بان محل التردد إذا لم يتعلق بأرش اليد حق لغير مستحق النفس، أما إذا تعلق به حق، فذلك الحق لا يسقط عند السراية إلى النفس، ولا شيء منه، ما أمكن استيفاؤه اتفاقًا، وإن وجبت دية النفس؛ دليله ما لو قطع يد عبد، ثم أعتق، ثم مات، فإن حق السيد لا يسقط، وإذا كان كذلك، فالجاني هاهنا قد تعلق له حق بأرش الأصبع، وهو براءته منه، فإذا صار القطع قتلًا، ووجبت دية النفس، وجب ألا يسقط الحق السابق؛ كما في حق السيد، وبهذا تحرر الجواب عن السؤال، [والله أعلم][9].

أما إذا كان الجاني عبدًا، فإن أضاف العفو إلى السيد؛ بأن قال: عفوت عما وجب لي على سيدك من قود وعقل- قال القاضيان الماوردي، وأبو الطيب: صح عفوه عن الدية، ولم يصح عن القود؛ لوجوب الدية على السيد، والقود على العبد.

---

(1) سقط في ج.
(2) في د: بالسبب.
(3) سقط في ج، أ.
(4) في د: حزت.
(5) سقط في أ.
(6) في ج، د: تبني.
(7) في ج: والمقصود.
(8) في ج: ولا نظر.
(9) سقط في د.

وغيرهما بنى صحته في الدية على أن الدية بجناية العبد هل تثبت في ذمته مع تعلقها برقبته، أم لا؟ وفيه[١] قولان:

فإن قلنا: لا تتعلق بالذمة، فالحكم كذلك.

وإن قلنا: تتعلق بالذمة مع الرقبة، لم يصح؛ لأنه عفو من غير من عليه العفو.

فإن قيل: فكان[٢] يتجه -[على][٣] هذا - أن تكون فائدة العفو انفكاك الرقبة عن التعلق؛ إذا قلنا: إن هذا التعلق قابل للفك؛ كما حكاه الإمام وجهًا هاهنا.

قلت[٤] : الإمام أجاب عنه: بأنا إذا قلنا: إن ذلك قابل للفك، فذاك إذا جرد مستحق[٥] الأرش القصد إلى قطعه، وهاهنا لم يجرد القصد إليه.

فإن أضاف العفو إلى العبد، قال الماوردي: صح عن القود، ولم يصح عن الدية.

وغيره قال: هذا مفرع على عدم تعلقها بالذمة، أما إذا قلنا بالتعلق، فهو كما لو كان الجاني حرًّا عامدًا، وقد عُفي عنه.

وإن أطلق؛ بأن قال: عفوت عن هذه الجناية، وما يحدث منها من عقل وقود - قال القاضي أبو الطيب والماوردي: صح العفو عن القود في حق العبد، وعن الدية في حق السيد، سواء جازت الوصية للقاتل أو لم تجز.

والقاضي الحسين وغيره قالوا: إن الحكم كذلك؛ إذا قلنا: لا تعلق للدية[٦] بالذمة؛ فإن قلنا: تتعلق بها، فينبني على أن الوصية للقاتل هل تصح، [أم لا][٧] ؟

ثم إذا صححنا العفو؛ فإن قلنا: هو وصية، صح في الجميع، وإن قلنا: هو إبراء، صح في أرش الجناية دون ما حصل بالسراية على الأصح.

ولو كانت الجناية خطأ: فإن كان الجاني عبدًا، فلا يخفي حكمه مما[٨] مضى، وإن كان حرًّا؛ فإن ثبتت الجناية بإقراره، ولم تصدقه العاقلة - فالحكم فيها كجناية[٩] العمد، سواء كان الجاني مسلمًا أو ذميًا؛ لأن وجوبها[١٠] على الجاني

(١) في جـ: فيه.
(٢) في أ، د: وكان.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: قال.
(٥) في أ: المستحق.
(٦) في جـ: الدية.
(٧) في د: له.
(٨) في أ: بما.
(٩) في أ: كحكاية.
(١٠) في جـ: وجوبهما.

دون العاقلة. وإن ثبتت بإقراره وصدقته[١] العاقلة، أو بالبينة: فإن كان الجاني ذميًّا، وعاقلته لا يجري عليهم حكمنا كأهل الحرب، أو كانوا مسلمين- فالحكم كذلك؛ كما حكاه الماوردي. وإن كان الجاني مسلمًا، أو ذمياً، وعاقلته من أهل الذمة؛ فإن أضيف العفو إلى العاقلة، صح، سواء قلنا: إن الدية تلاقيهم، أو تلاقي الجاني، ثم تنتقل عليهم، صرح به الرافعي.

قال: وكذا لو قال: عفوت عن الدية، ولم يضف إلى أحد، وعلى هذا إن غلبنا على هذا العفو حكم الوصية نفذ في الجميع، وإن قلنا: هو إبراء، نفذ في القدر الواجب بأول الجناية، دون ما سرت إليه- على الأصح- والقاضي الحسين قال فيما لو عفا عن العاقلة: إن قلنا: إن الوجوب يلاقيهم، صح عفوه فيما باشرته الجناية، وفيما لم تباشره الوجهان. وإن قلنا: إن الوجوب يلاقي الجاني، ففيما لم يباشر: الظاهر أنه لا يصح، وفيما باشر وجهان.

وقال فيما إذا أطلق العفو: إن قلنا يجب على العاقلة ابتداء؛ صح فيما باشر، وإن قلنا: يجب على الجاني ابتداء، ففيه وجهان.

وإن أضاف العفو إلى الجاني، فإن قلنا: الوجوب [لا][٢] يلاقيه، فهو لغو، وإن قلنا[٣]: يلاقيه، وتتحمله العاقلة- فوجهان حكاهما القاضي الحسين وغيره، وأظهرهما في «الرافعي» وهو المذكور في «التهذيب»-: أن الجواب كذلك؛ لأنه لا شيء عليه[٤] عند العفو؛ فإن الدية كما وجبت انتقلت عنه. والثاني: أنه ينفذ بتقديره أصيلًا، وبتقدير العاقلة كفيلًا[٥]، ثم إذا برئ الأصيل برئ الكفيل. وهذا ما جزم به الماوردي، وقال: لا فرق عليه بين أن يجعل العفو في حكم الوصية أو[٦] الإبراء، سواء أجيزت الوصية للقاتل أوْ رُدَّتْ، لكن إذا جرى عليها[٧] حكم الوصية كان عفوًا [عن الجميع، وإلا لكان[٨] عفوًا][٩] عما وجب بابتداء[١٠] الجناية، دون ما حدث بعدها بالسراية.

ومن قال بالأول قال: هذا الانتقال يشبه الحوالة، لا الضمان.

---

(١) في د: صدقه.
(٢) سقط في ج.
(٣) زاد في ج: لا.
(٤) في أ: له.
(٥) في أ، د: كفلًا.
(٦) في ج: و.
(٧) في ج: عليهما.
(٨) في ج: كان.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: ابتداء.

فرعان:

أحدهما: إذا جنى عليه جناية توجب القصاص، إذا اندملت: كقطع [الأصبع][(١)] ونحوها، فعفا المجني عليه على الدية، ثم سرت إلى النفس- لم يجب قصاص النفس، وفيه الوجه المنسوب إلى أبي الطيب بن سلمة.

ولو جنى جناية لا توجب القصاص إذا اندملت؛ كالجائفة، فأخذ المجني عليه الأرش، ثم سرت الجناية إلى النفس - فالمنقول في «المهذب»، و«تعليق» القاضي أبي الطيب، و«التتمة»، وغيرها: أنه يجب القصاص؛ لأن الجناية لم تتولد عن[(٢)] معفو عنه.

وهكذا لو كان المجني عليه قد قال - والصورة هذه-: عفوت عن القصاص، فهو لغو؛ لأن هذه الجناية لا قصاص فيها.

وقال الإمام في الأولى: يحتمل أن يقال: لا يجب القصاص؛ لأن الجائفة، وإن لم يكن فيها قصاص، فهي[(٣)] على سبيل القصاص، وأخذ الأرش مشعر[(٤)] بالعفو؛ [فيجوز أن يجعل شبهة دارئة[(٥)] للقصاص كالعفو][(٦)] فيما يوجب القصاص، وهذا الاحتمال جريانه في الصورة الثانية [من طريق][(٧)] الأولى.

الفرع الثاني: إذا قال لرجل: اقطع يدي؛ وهو مالك لأمر نفسه؛ فقطعها، لم يجب عليه قصاص ولا دية؛ لأن الإذن في الإتلاف من مستحق البدل، يتضمن الإهدار؛ كما لو أذن في إتلاف ماله؛ وهذا ما جزم به ابن الصباغ وغيره.

وحكى الغزالي في باب: ضمان الولاة - في وجوب الضمان - خلافًا منشؤه[(٨)] أن المستحق أسقط حقه، ولكنه مُحَرَّم.

فإن سرى القطع إلى نفسه، أو قال له ابتداء: اقتلني؛ ففعل - فلا قصاص على الأصح، وفيه قول تقدمت حكايته عن رواية أبي سهل الصعلوكي: أنه يجب، ووجهه بأمرين:

بأن القصاص يثبت للورثة ابتداء.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: من.
(٣) في د: فهو.
(٤) في جـ، د: يشعر.
(٥) في جـ: وارثه.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ، د: مبناه.

وبأن القتل لا يباح بالإذن؛ فأشبه إذن المرأة في الزنى ومطاوعتها لا يسقطه[١].

وهذا التوجيه يقتضي جريان هذا الوجه في الإذن في قطع اليد.

وهل تجب الدية؟ بناه القاضي أبو الطيب وغيره على أنها تثبت للوارث ابتداء، أم تثبت للموروث في آخر جزء من حياته، ثم تنتقل إلى الوارث؟ فعلى الأول تجب، وعلى الثاني- وهو الأصح-: لا، وهذا ما أشار ابن الصباغ إلى القطع به.

قال الرافعي: وقد اعترض على هذا - يعني: الإمام- بأن الدية إذا ثبتت له، وهي عرضة للانتقال إلى الورثة، فيجب ألا ينفذ الإسقاط والإباحة إلا في ثلثها.

وأجيب بأنه لا يسقط بائنًا في الحال، وإنما يبيح ما يتضمن[٢] إتلافه مالًا لولا الإباحة، والقاضي الحسين قال: كان ينبغي أن يتخرج[٣] هذا القول على أن الوصية للقاتل هل تصح، أم لا؟ ولكن أصحابنا ما بنوه.

ثم إذا قلنا بوجوب الدية؛ وجبت الكفارة لا محالة.

وإن قلنا: لا تجب، ففي الكفارة وجهان:

أصحهما : الوجوب، وهو ما ادعى القاضي الحسين نفي خلافه.

ومقابله يحكى عن تخريج ابن سريج قائلا بأن حق الله - تعالى - يتبع في الوجوب والسقوط حق الآدمي.

ولو كان الآذن في القطع أو القتل عبدًا، فهل يجب القصاص؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي وغيره، ووجه السقوط- وهو الذي جزم به القاضي الحسين في القطع-: أن القصاص يسقط بالشبهة، وقول العبد فيه مقبول- [صرح به ابن الصباغ ثَمَّ؛ إذا أقر على نفسه-][٤] فلذلك يؤثر رضاه في سقوطه.

قلت: ولو وجه بأن الحق في القصاص استيفاء وإسقاط للعبد، دون سيده؛ كما حكاه في «المهذب» في باب الإقرار، والقاضي أبو الطيب في أوائل باب الديات- لكان أوجه، لكن الذي حكاه الغزالي في «الفتاوى»: أن نصوص الشافعي- رضي الله عنه- في كتاب جناية العبد والجناية عليه مصرحةٌ بأن حق القصاص في العبد والعفو للسيد، وأن عفو العبد لا ينفذ، وهو ما صرح به

(١) في د: يسقط.
(٢) زاد في أ: إلى.
(٣) زاد في أ: على.
(٤) سقط في ج، د.

المتولي في هذا الفرع[1]، وفي غيره، [وأشار إليه البندنيجي في باب قذف الأمة][2]، [وصرح به ابن الصباغ ثَمَّ][3]؛ فلهذا عدل عما ذكرته إلى ما ذكرتم.

وإن لم نوجب القصاص؛ فهل تجب الدية؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان ينبنيان[4] على أن الأمة إذا طاوعت على[5] الزنى هل يجب المهر أم لا؟ و[في المسألة][6]. قولان ذكرناهما، والمجزوم به في «الرافعي» الوجوب.

فرع: سكوت المجني عليه عند الإقدام على القطع ظلمًا، هل ينزل منزلة الإذن؟ فيه وجهان.

أصحهما: لا؛ كما إذا سكت عند إتلاف ما له.

والثاني: نعم؛ لأنه سكت في محل يحرم السكوت فيه؛ فدل على الرضا.

قال الإمام: والوجهان مفرعان على ألا يجوز الاستسلام، ومأخوذان من تردد الأصحاب في أن الزانية لماذا لا تستحق المهر؟ فمن قائل: لأن الوطء غير محترم، ومن قائل: لأن التمكين رضا في العرف.

قال: وإن وجب القصاص في النفس على رجل؛ فمات، أو في الطرف؛ فزال الطرف- وجبت الدية؛ لقوله - ﷺ -: «فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَرَتَيْنِ: إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ»[7]، ومن خير بين شيئين إذا تعذر أحدهما تعين الآخر؛ ولأن مستحق القصاص سقط حقه منه بغير اختياره؛ فانتقل حقه لبدل[8] محل الاستيفاء؛ وهو الدية؛ كما إذا سقط بعفو بعض الورثة عن القصاص، ولا فرق -في ذلك- بين أن نقول: إن الواجب أحد الأمرين، أو القود عينًا.

قال: ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان- أي: وإذنه[9] - لأن موضع القصاص مختلف فيه؛ فيحتاج السلطان أن يجتهد فيه.

---

(١) في د: النوع.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: مبنيان.
(٥) في أ، د: في.
(٦) في ج: فيه.
(٧) تقدم.
(٨) في أ: إلى، وفي د: لترك.
(٩) قوله: ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان أو إذنه. انتهى كلامه.
وما ذكره من التخيير بينهما يقتضي أن مجرد الحضور كاف في جواز إقدام المستحق مثلًا أو آحاد الناس، ولا يتأتى القول بذلك، بل الشرط إنما هو الإذن، سواء حضر أم لم يحضر، ولكن لا بد من الإذن لمعين أو لواحد من جماعة معينين. [أ و].

ولأن الاستيفاء إنما يجوز بآلة مخصوصة، والإمام هو المتفقد لها، وأمر الدم خطير؛ فلا وجه لتسليط الآحاد عليه.

فلو فعل دون[١] إذن الإمام، اعتد به، وعزر.

وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق المروزي، والماوردي عن منصور التيمي[٢] المصري من أصحابنا: أن للمستحق[٣] الاستقلال باستيفائه؛ لأنه حق ثبت بنص القرآن، وبالإجماع، وما كان هكذا لم يفتقر في استيفائه إلى إذن الإمام.

[وحكى الجيلي في باب حد القذف وجهًا مخرجًا: أنه لا يعتد به][٤].

وظاهر المذهب الأول، ويستوى فيه قصاص النفس والطرف.

ويستحب أن يحضر الإمام لاستيفاء[٥] القصاص شاهدين[٦]؛ لأنه ربما جحد المقتص؛ فقال: لم أقتص، ويطالب بالدية، وينبغي أن يضرب[٧] عنقه - إذا استحق القتل - من خلف قفاه، وأن يعصب عينيه[٨]؛ لأنه أرفق به، قاله الماوردي.

قال: وعليه أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها؛ كي لا تكون مسمومة أو كالة؛ فيحصل للمقتص منه بها مثلة وتعذيب، وليس له ذلك، قال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[٩].

وفي «تعليق» القاضي الحسين وجه: أنه لا يمنع من استيفاء قصاص النفس بآلة مسمومة؛ إذ المقصود إزهاق الروح.

قال الإمام: ولعله الأصح، وذكر أن محله إذا لم يتحقق تفتيت الجثة به؛ بحيث يمنع من الغسل، أما إذا تحقق ذلك فلا يجوز بلا خلاف.

ثم ما ذكرناه من منع الاقتصاص بالآلة المسمومة [والكالة، إذا لم تكن الجناية بكالة أو مسمومة][١٠]، أما إذا كانت به، فهل يقتل بمثله، أم بصارم؟ فيه وجهان:

---

(١) في ج: بغير.
(٢) في ج، د: اليمنى.
(٣) في ج: المستحق.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج، د: استيفاء.
(٦) في ج: في هذين.
(٧) في ج: يصرف.
(٨) في ج، د: عينه.
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) سقط في أ.

أشبههما في الكالة؛ [على ما ذكر عن][(١)] القاضي الروياني وغيره: الأول، وبه أجاب في «التتمة» فيهما.

وإذا بان بعد الاستيفاء أنه استوفاه بآلة كالة، فلا شيء عليه؛ لأنه أخذ حقه؛ قاله المحاملي، وفي «الرافعي»: أنه يعزر.

وإن بان أنه استوفاه بآلة مسمومة، فعليه التعزير؛ لإساءته، ثم ينظر؛ فإن كان في قصاص النفس؛ فلا شيء [آخر يجب][(٢)] [عليه][(٣)]، وإن كان في قصاص الطرف، ولم يسر؛ فكذلك الحكم، وإن سرى إلى النفس، لم يحب القصاص، ووجب عليه نصف الدية، لكن هل تتحمله العاقلة؟ فيه وجهان في «المهذب»، في باب العاقلة، وغيره، وأشبههما: المنع.

وفي كتاب ابن كج ذكر وجه: أنه يجب القصاص، وقال: إنه إذا كان السم موحيًا وجب وجهًا واحدًا.

قال: فإن[(٤)] **كان من له القصاص يحسن الاستيفاء**، أي: بأن كان رجلا قوي اليد والنفس، لا يلحقه جبن عند الاستيفاء، عارفًا بالمفصل[(٥)]؛ كما ذكره الماوردي- مكنه منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]؛ ولقوله[(٦)] ﷺ: «فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ: إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا...»[(٧)]، ولأن فيه تحقيق حكمة شرعية القصاص؛ وهي كمال التشفي والانتقام.

قال المتولي: فلو طلب - على ذلك - أجرة أعطيها؛ لأنه عمل معلوم، ويجوز أن يتبرع [به][(٨)]؛ فجاز أن يأخذ عليه الأجرة؛ كما إذا قال: أنا أتولى الكيل بأجرة، لا يمنع.

وظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق- في ذلك- بين أن يكون القصاص في النفس، أو في الطرف.

والمذكور في «الشامل»، و«الحاوي»، و«تعليق» البندنيجي، و«المهذب»: أن ذلك لا يجري في الطرف؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي من الحيف بما [لا][(٩)] يمكن تلافيه.

---

(١) في ج: على ما ذكره، وفي أ: كما ذكرنا عن.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) في د: بالفصل.
(٦) في أ، د: وقوله.
(٧) تقدم.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) سقط في أ.

وحكى المراوزة وجهًا: أنه[١] يجوز فيه أيضًا، وادعى القاضي الحسين في «تعليقه»: أنه المنصوص، والرافعي أن الأول أظهر.

وقد حكى المتولي الوجهين أيضًا؛ فيما إذا أراد أن يوكل شخصًا من جهته، وقال: إن محل الجواز جزمًا إذا رضي بأن يستوفيه الجلاد المنصوب لاستيفاء العقوبات، أو غيره ممن يختاره الإمام.

فرع: إذا مكناه من القصاص، فإن ضرب عنقه؛ فأبان رأسه - فقد استوفي حقه؛ وإن ضرب غير العنق- نظر: فإن كان في موضع لا يجوز أن يخطئ فيه، مثل: أن ضرب ساقه، [أو وسطه - فإنه يعزر، وإن كان في موضع يجوز أن يخطئ [في مثله][٢]، مثل: أن ضرب رأسه][٣] أو بين كتفيه؛ فيقال له: ما قصدت بهذا؟ فإن قال: تعمدته- عزر، وإن قال: أخطأت، عزر إن لم يحلف، وإن حلف فلا.

ثم بعد ذلك هل يمكن أن يستوفي القصاص، أم يأمر بالتوكيل؟ الذي دل عليه نص الشافعي هنا: الثاني، وقال في كتاب «الأم» بالأول:

فمن الأصحاب من قال: في المسألة قولان، وعلى ذلك جرى البصريون.

وحكى الإمام[٤] الخلاف وجهين، ونسب وجه الجواز إلى قوله أبي بكر الصيدلاني، وقال: إنه الأوجه؛ فإن حقه في التعاطي ينبغي ألا يعطل بعدوان صدر منه.

وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه: المسألة على اختلاف حالين: فالموضع الذي أثبت له اختياره، إذا بان للحاكم أنه يحسن القصاص، والموضع الذي قال: لا يجوز له أن يعود[٥]، إذا بان للحاكم أنه لا يحسنه، وعلى ذلك جرى ابن الصباغ، والمتولي.

وقد حكى الشيخ في «المهذب»، والقاضي أبو الطيب، والماوردي الطريقين، لكن الماوردي فرض محل الخلاف[٦] فيما إذا تاب بعد عمده؛ وكذلك المتولي ذكره في صورة العمد، ولم يذكر التوبة، وحكاه الإمام - أيضًا - عن الشيخ أبي

---

(١) زاد في جـ: لا.
(٢) في جـ: فيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ: في.
(٥) في أ: يقود.
(٦) في أ، جـ: الكلام.

بكر الصيدلاني، وأنه جزم في حالة خطئه بعدم تمكينه، وفرق بأن العامد لم يتبين لنا خرقه[١] في الأمر، ولكنه اعتدى؛ فنهيناه، ونحن له- إن عاد- بالمرصاد.

وأما المخطئ، [فتبين أنه][٢] ليس يحسن الأمر؛ فلا ينفع زجره.

وحكى عن غيره أنه لا فرق، ثم قال مستدركًا: وهذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصًا بما إذا[٣] لم ينكر منه الخطأ، ولم يظهر خرقه، فإن ظهر فليمنع بلا خلاف.

قال: وإن لم يحسن الاستيفاء؛ أي: كالمرأة، والذي يجبن عنه، أو بيده ضعف من شلل ونحوه - أمر بالتوكيل؛ لأن فيه وصولًا إلى حقه، وأمنًا من الحيف، ولا يوكل في استيفائه من مسلم إلا مسلمًا، صرح به الرافعي في قتال أهل البغي، وهذا إذا كان المستحق [واحدا، فلو كان المستحق جمعًا،][٤] وفيهم من لا يحسنه، وتشاحوا في الاستيفاء - أقرع بينهم كما ذكرنا، لكن هل يدخل من لا يحسن في القرعة؟ فيه وجهان، وقيل: قولان؛ أرجحهما عند القاضي ابن كج وأبي الفرج والإمام وغيرهم: المنع، وعن بعضهم: القطع به، وعلى هذا: لو خرجت لقادر فعجز، أعيدت القرعة بين الباقين.

ثم فائدة دخول العاجز في القرعة: أنها إذا خرجت له، استناب، وعند عدم إدخاله فيها لا يجوز استيفاؤه إلا برضاه جزما.

قال: وإن لم يوجد من يتطوع، استؤجر من خمس الخمس، أي: من سهم المصالح؛ لأن ذلك من المصالح، ولا فرق فيه بين القصاص في النفس، أو الطرف.

قال: وإن[٥] **لم يمكن**[٦]؛ [أي][٧]: إما لعدم[٨] ذلك، أو لوجوده ووجود ما هو أهم منه - فمن[٩] **مال الجاني**؛ لأن الحق عليه؛ فكانت أجرة الاستيفاء عليه أيضًا؛ كأجرة الكيال في كيل الطعام المبيع.

---

(١) في أ: جزمه.
(٢) في أ، د: فيتبين له.
(٣) زاد في ج: كان.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في التنبيه، أ، د: يكن، وزاد في التنبيه: استؤجر.
(٧) سقط في ج.
(٨) في د: لعذر.
(٩) في التنبيه: من، وفي ج، د: صرف.

وحكى الإمام وجهًا عن صاحب «التقريب»: أن الأجرة على المستوفي؛ نظرًا إلى أن الواجب التمكين، لا التسليم، [وأنه][(١)] قرب الخلاف من الخلاف في بيع الثمار على رءوس الأشجار، هل يحصل تسليمها بالتخلية.

وفرق الإمام بين البابين: بأن اليد جزء من الإنسان، والتسليم فيها لا يحصل إلا بالفصل، وليست الثمار كذلك؛ ألا تري أن الجاني لو فاتت يده بعد التمكين يستقر عليه ضمان الجناية بلا خلاف، وإذا [اجتيحت][(٢)] الثمار بعد التخلية فمن ضمان من تكون؟ فيها[(٣)] الخلاف المشهور، والخلاف الذي يشبه هذا الخلاف وجهان ذكرا في أن مؤنة الجداد على البائع أو على المشتري؟ تفريعًا على أن الجوائح من ضمان البائع.

وحكى المتولي أنه إذا لم يكن في بيت المال شيء: فإن كان للجاني مال، فعليه الأجرة، سواء كان القصاص في النفس، أو في الطرف، وإن لم يكن له مال نظر: فإن كان القصاص في النفس؛ فيستقرض على بيت المال؛ لأنه لا يرجى حصول مال له بعد ذلك. وإن كان طرفًا فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك.

والثاني: يستقرض على الجاني.

وقد سلك الفوراني، والمسعودي في المسألة طريقًا آخر؛ فقالا: إن الشافعي نص في القصاص على أن الأجرة على المقطوع والمقتول، وفي الحدود على أن الأجرة على بيت المال؛ فمنهم من قررهما، ومنهم من تصرف فيهما بالنقل والتخريج، وأثبت فيهما قولين:

أحدهما: [أن][(٤)] الوجوب على الجاني والمحدود.

والثاني: أنه يجب في القصاص على المستحق، وفي الحدود في بيت المال، وعلى ذلك جرى الغزالي.

وغيرهم[(٥)] ممن لم يحك النصين، قال: في مسألة الحدود وجهان:

أحدهما- وهو الذي يقتضيه[(٦)] **إيراد الأكثرين تصريحًا وتعريضًا**-: أنها تجب

---

(١) سقط في د.
(٢) بياض في د.
(٣) في د: فيه.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في أ: وغيره.
(٦) في أ، د: يقتضي.

على المحدود والسارق؛ كما قلنا[١] هاهنا: إنها تجب على الجاني، وبهذا قال الماسرجسي.

والثاني: أنها في بيت المال.

ومنهم من خصص الإيجاب على بيت المال بما إذا لم يكن للجاني مال.

ثم إذا وجب[٢] ذلك في بيت المال، فلم يكن فيه شيء، أو كان ولكن يستوعبه ما هو أهم- فيستقرض الإمام على بيت المال إلى أن يجد سعة.

قال الروياني: أو يستأجر بأجرة مؤجلة أو يسخر من يقوم به على ما يراه.

وإذا قلنا بالصحيح-وهو أن أجرة القصاص على الجاني- فلو قال الجاني على الطرف: أنا أقطعه، ولا أُعْطِي الأجرة - ففي «المهذب» و«العدة»: أنه لا يجاب، وهو الأظهر.

وذكر ابن الصباغ والمتولي وجهين فيه، ونسبهما القاضي أبو الطيب إلى رواية أبي الحسن الماسرجسي.

وقال الجيلي: إنهما ينبنيان على ما إذا قالت المرأة: أنا أخدم نفسي، وآخذ أجرة الخادم؛ فإنها هل تجاب؟ فيه قولان.

وليس ما قاله من البناء بظاهر؛ لأنه ليس بِوِزانِ المسألة، وصوابه البناء على ما إذا قال الزوج: أنا أخدمها بنفسي ولا أعطي أجرة الخادم؛ ففي[٣] إجابته خلاف سبق.

وحكى الرافعي الوجهين في قصاص الطرف والنفس، وقال: إن الداركي قطع بإجابة الجاني؛ لحصول التعذيب.

وعلى مقابله: إذا قتل نفسه، أو قطع طرفه بإذن المستحق - ففي الاعتداد به عن القصاص وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لو جلد نفسه في الزنى بإذن الإمام، وفي القذف بإذن المقذوف.

والثاني: نعم؛ لحصول الزهوق، وإبانة العضو، ويخالف الجلد؛ لأنه قد لا يؤلم نفسه الإيلام المقصود [فلا يتحقق المقصود][٤].

---

(١) في جـ: ذكرنا.
(٢) في أ، د: بان.
(٣) في جـ، د: وفي.
(٤) سقط في أ.

قال: وإن وجب القصاص على حامل، أي: في النفس أو الطرف؛ كما صرح به الرافعي وغيره، وثبت حملها، [أو أمارته][(١)] الظاهرة بالبينة، أو بإقرار الولي.

قال: لم يستوف[(٢)] **حتى تضع**:

أما في النفس؛ فلقوله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]، أي: لا يقتل غير القاتل، وفي قتل الحامل قتل غير القاتل وهو الحمل، وقد روي: «أن عمر- رضي الله عنه- أمر برجم امرأة أقرت بالزنى، وهي حامل، فردها عليّ-كرم الله وجهه- وقال لعمر- رضي الله عنه-: إنه لا سبيل لك على ما في بطنها، فقال عمر: لولا عليّ لهلك عمر»[(٣)].

وقيل: إن القائل لعمر هذا القول معاذ بن جبل، وإن عمر قال له بعد تركها: عجز النساء أن يلدن مثلك يا معاذ! وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ.

وقال الماوردي: إن الأول أثبت.

ولأنه اجتمع هاهنا حقان: حق الطفل، وحق الولي في تعجيل القصاص، ومع الصبر يمكن استيفاء الحقين؛ فكان أولى من تفويت أحدهما.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا لا خلاف فيه بين المسلمين؛ فهو إجماع.

وأما في الطرف؛ فلأن فيه إجهاض الجنين، وهو متلف له؛ كما يتلفه استيفاء قصاص النفس.

ثم في [حالة الحمل][(٤)] تحبس إلى أن يمكن استيفاؤه- كما قلنا- فيمن وجب عليه قصاص لصبي أو معتوه، وهل[(٥)] للولي أخذ الدية في الحال؛ للحيلولة؟ حكى الإمام أن الشيخ أبا بكر الصيدلاني ألحقه بما إذا قطع إنسان أنملةً عُليا من شخص، ووسطى لشخص[(٦)] آخر، وامتنع صاحب العليا من تعجيل القصاص، وطلب صاحب الوسطى أخذ المال؛ للحيلولة، وللأصحاب فيها[(٧)] وجهان.

---

(١) في أ: أو الأمارة.
(٢) زاد في جـ: منها.
(٣) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٢/ ١١٥).
(٤) في جـ: الحال.
(٥) في أ: وقيل.
(٦) في جـ، د: من شخص.
(٧) في جـ، د: فيه.

قال الإمام: والوجه إلحاق ذلك بما إذا طلب الولي المال في قصاص الصبي؛ لأن للولادة أمدًا ينتظر؛ كما أن للصبي أمدًا ينتظر.

وقد قال الأصحاب: إنه لا يجوز للولي ذلك.

ثم إذا أخذ المال، وأراد[١] بعد الوضع ردّه واستيفاء القصاص - فهل له ذلك؟ فيه وجهان، حكاهما المتولي، كالوجهين فيما إذا أخذ القيمة عند انقطاع المثل، ثم قدر على المثل.

قال: ويسقي[٢] **الولد اللبأ**؛ لأن الولد لا يكاد يعيش في الغالب بدونه، ويقال: إنه إذا لم يشربه لا يعيش، وهو ما ذكره القاضي الحسين[٣] والمتولي والمصنف، وإذا كان كذلك ففي منعه[٤] بقتلها أو بقطع طرفها الذي لا يؤمن معه الموت توصل إلى قتله غالبًا أو محققًا.

وفي «الجيلي» أن صاحب «الكافي» قال: لا ينتظر سقي الولد اللبأ؛ لأن الولد يعيش بدون اللبأ؛ كما لو ماتت الأم حال الوضع، وهذا ما ادعى الرافعي ميل القاضي أبي الطيب إليه، وعلق الإمام القول في ذلك؛ فقال: إن تحقق أن الولد لا يعيش بدونه، فتمهل.

واللبأ: مقصور ومهموز، وهو أوائل اللبن بعد انفصال الولد.

قال: ويستغني عنها بلبن غيرها؛ لأن قبل استغنائه بلبن غيرها لو اقتص منها لهلك، وإذا وجب تأخير القصاص - لحفظه مجتنًّا - فأولى أن يجب لحفظه مولودًا.

وعن ابن خيران: [أن][٥] له الاستيفاء[٦]، ولا يبالي بذلك؛ كما لو كان للقاتل[٧] عيال يضعفون ظاهرًا لو اقتص منه، والصحيح الأول، وهذه الحالة تنتهي[٨] باستكمال رضاع المولود حولين، وإنما جاز له الاستيفاء بعد استغنائه بلبن غيرها، وإن كان قبل استكمال الحولين؛ كما ذكره الماوردي وغيره، وأشار إليه الشيخ بقوله: «بلبن غيرها»، وادعى الإمام الاتفاق عليه؛ لأن الفائت على

---

(١) في د: زاد.
(٢) في التنبيه: تسقي.
(٣) في جـ: الماوردي.
(٤) في د: منعها.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: الاستقصاء.
(٧) في جـ: للمقتص.
(٨) في د: تنبني.

الولد منها مزيد إشفاق وحذر، ولا يقع هذا موقعًا في مقابلة حق آدمي تأخر[(١)] .

وهكذا الحكم عند الشيخ أبي حامد [فيما][(٢)] إذا وجب عليها الرجم، [وعليه جرى الشيخ؛ كما سيأتي][(٣)] .

وقال المراوزة؛ كالفوراني والإمام وغيرهما: من وجب عليها الرجم لا يستوفى منها حتى تنقضي مدة الرضاع، وإن وجدنا من يرضعه، ويوجد للطفل كافل مسلم. ويشهد لما ادعوه ما رواه أبو داود في حديث مطول: «أَنَّ الغَامِدِيَّةَ أَتَتْ رَسُولَ اللهِ- ﷺ- فَقَالَتْ: زَنَيْتُ؛ فَطَهِّرْنِي، وَاللهِ إِنِّي لَحُبْلَى، قَالَ: فَاذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي. فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْ رَسُولَ اللهِ- ﷺ- [بِالصَّبِيِّ][(٤)] فَقَالَتْ: قَدْ وَلَدْتُ[(٥)]؛ فَقَالَ: ارْجِعِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ. فَجَاءَتْ بِهِ وَقَدْ فَطَمَتْهُ وَفِي يَدِهِ شَيْءٌ يَأْكُلُهُ؛ فَأَمَرَ رَسُولُ اللهِ- ﷺ- بِالصَّبِيِّ فَدُفِعَ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَأَمَرَ بِهَا؛ فَرُجِمَتْ»[(٦)] .

قال الإمام: والفرق بين القصاص و[بين][(٧)] الجلد: ما تحقق: أن حقوق الله -تعالى- تبنى على المساهلة؛ ولذلك[(٨)] يقبل الرجوع عن الإقرار فيها، وحقوق الآدميين تبنى على التضييق.

وأيضًا: فإن الهارب في الحد لا يتبع، وفي القصاص يتبع.

[وقد حكى القاضي الحسين في باب حد الزنى تأخير الرجم وتعجيل القصاص عن نص الشافعي، وقال: إن من الأصحاب من خرج قولًا في المسألتين، ومنهم من أجرى النصين على ظاهرهما، وفرق بما ذكرناه][(٩)] .

ثم المراد باستغناء الولد بلبن غيرها: أن تتسلمه امرأة ذات لبن، أو توجد بهيمة ذات لبن يحل تناوله، لكن الأولى للولي في الحالة الثانية: الصبر؛ لتقوم

---

(١) في أ: بآخر.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج، د: ولدته.
(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢٣) كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (٢٣-١٦٩٥)، وأبو داود (٢/ ٥٥٧) كتاب الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة، برقم (٤٤٤٢).
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: وكذلك.
(٩) سقط في ج.

برضاعه؛ فإن لبن النساء أوفق[(١)] للطفل، وكذا الأولى في حقه إذا لم توجد مرضعة راتبة له[(٢)] ألا يستوفيه؛ لئلا يختلف عليه لبن النساء، وعلى هاتين الحالتين حمل قول الشافعي؛ فإن لم يكن لولدها مرضع فأحب إليَّ لو ترك[(٣)] بطيب نفس الولى حتى توجد له مرضع[(٤)]، فإن لم يفعل قتلت.

ولو علم [أنه][(٥)] ستوجد له من تترتب لرضاعه، ولكن لم تتعين في الحال، ولا تسلمته- ففي جواز تعجيل قتلها [قبل تعيين][(٦)] مرضعة وتسلمه وجهان:

أظهرهما في «الحاوي»: الجواز، وبه جزم غيره، وقالوا: إذا كان في البلد مرضعة واحدة أجبرت بعد القتل على الرضاع، وإن كان فيه أكثر من واحدة أجبرت[(٧)] واحدة منهن عليه بالأجرة.

فرع: إذا بادر الولي وقتلها قبل استغناء الولد بلبن غيرها، ومات الولد بسبب ذلك - فهل يجب ضمانه؟

قال القاضي أبو الطيب: سمعت الماسرجسي يقول: سمعت أبا عليّ بن أبي هريرة يقول: لا يضمنه؛ لأن أكثر ما فيه أنه حال بينه وبين ما يقوم به؛ فهو [بمنزلة ما][(٨)] لو أخذ زاده في البرية؛ فمات من الجوع؛ فإنه لا يضمنه، كذلك هاهنا.

قال الماسرجسي: ثم سمعته يقول بعد ذلك: إن عليه القصاص؛ لأنه لو حبس رجلًا في بيت، ومنعه الطعام والشراب؛ فمات - وجب عليه الضمان، كذلك هاهنا. وهذا ما أجاب به الشيخ أبو حامد في «التعليق»، وحكاه القاضي ابن كج عن النص، وحكى الرافعي أن الماسرجسي قال: سمعت ابن أبي هريرة يقول: عليه دية الولد؛ فقلت له: أليس لو غصب طعام رجل في البادية أو كسوته؛ فمات جوعًا أو بردًا - لا ضمان عليه، فما الفرق؟ فتوقف، ثم [لما][(٩)] عاد إلى الدرس- قال: لا ضمان فيهما جميعًا.

قال: وإن ادعت الحمل، فقد قيل: يقبل قولها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن

(١) في جـ: أرفق.
(٢) في جـ: أنه.
(٣) في جـ: تركت.
(٤) في د: موضع.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في جـ: تعين.
(٧) في أ، د: أجبر.
(٨) في جـ: كما.
(٩) سقط في جـ.

يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: من حمل وحيض؛ كما قاله أهل التفسير، ومن حرم عليه كتمان شيء وجب [قبول][1] قوله إذا أظهره، أصله: الشهادة؛ فإن كتمانها حرام بقوله تعالى:﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٨٣] الآية، وإذا أخبر الشاهد بما عنده قبل قوله.

ولأن للحمل أمارات تظهر وأمارات تخفى، وهي عوارض تجدها الحامل من نفسها، وتختص بمعرفتها، وهذا النوع يتعذر إقامة البينة عليه؛ فقُبِل قولها فيها؛ كالحيض، وهذا ما ادعى القاضي أبو الطيب أنه المذهب، والمنصوص عليه -يعني: في «الأم» - كما حكاه ابن الصباغ، وهو الذي عليه أكثر الأصحاب.

فعلى هذا تحبس، فإن ظهر استمر إلى وقت إمكان [استيفاء القصاص][2]، وإن لم يظهر في زمن ظهور مخايله[3] استوفى على الأظهر من الاحتمالين عند الإمام؛ فإن انتظار انقضاء مدة الحمل بعيد.

قال الإمام: والقائل بهذا القول ليت شعرى ما مذهبه إذا استوجبت المرأة القصاص، ثم وطئت، والوطء على الإعلاق، ولو اعترف السيد بالوطء، ترتب عليه لحوق نسب المولود الذي يأتي به.

وأعرض الغزالي عن ذلك، وقال على هذا القول: لا يجوز استيفاء القصاص من امرأة يغشاها زوجها.

قال الرافعي: وهذا إن كان المراد به إذا ادعت الحمل [فظاهر، وإن أراد أنه يمتنع الاستيفاء بمجرد المخالطة والوطء من غير دعواها الحمل، فهو ممنوع؛][4] لأن الأصل عدم الحمل؛ فجاز أن يقال: إنما يعدل عن الأصل بشهادة تستند إلى الأمارات الخفية.

قال: وقيل: لا يقبل حتى تقيم بينة بالحمل، أي: وللولي قتلها قبل ذلك؛ لأن حقه واجب على الفور، والحمل يحتمل وجوده، ويحتمل عدمه، مع أنه الأصل، وهي متهمة في الإخبار؛ فلا يترك المحقق بالوهم، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري، وصححه في «الوجيز».

وقال الماوردي والقاضي أبو الطيب: إنه خطأ، كما ذكرناه.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: الاستيفاء.
(٣) في د: محامله.
(٤) سقط في ج.

ويكفي في البينة المقامة على الحمل أربع نسوة يشهدن به، أو بظهور مخايله.

قال: وإن اقتص منها - أي: الولي- بعد تمكين الإمام، وتلف[١] **الجنين من القصاص- وجب ضمانه**؛ لأنه مخلوق فات[٢] بالجناية، ثم ضمانه- إن وضعته ميتًا- الغُرة، وإن وضعته حياً متألمًا إلى الموت فالدية الكاملة، والكفارة واجبة في الحالين؛ كما سنذكره، ومحل وجوب الدية محل وجوب الغُرة؛ كما ذكره - ابن الصباغ في كتاب الحدود.

أما إذا لم يتلف منه؛ بأن لم ينفصل منها، أو انفصل حيًّا غير متألم - فلا شيء عليه، سواء مات بعد ذلك أو لم يمت.

قال: فإن كان السلطان علم به[٣] ، أي: بالحمل، وقد مكن منه؛ كما ذكرناه- فعليه ضمانه؛ لأن الاجتهاد والنظر إليه، والبحث والاحتياط عليه، وفعل الولي صادر عن رأيه؛ فكان كالآلة.

قال العراقيون والماوردي والقاضي الحسين والمتولي: ولا فرق - في ذلك - بين أن يكون الولي جاهلًا بالحال أو عالمًا، وفيما ذكروه- في حالة العلم- نظر؛ لأنا قد ذكرنا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلمًا، والمأمور عالم به: أن الضمان واجب على المأمور؛ لأنه المباشر دون الإمام، والقول بهذا هنا أولى؛ لأن الاستيفاء إلى خيرة الولي؛ بخلاف المأمور [ثَمَّ][٤]؛ فإنه لا يقدر على المخالفة، وقد صار إلى ذلك الفوراني، وجزم به، وحكاه الغزالي وجهًا ثانيًا، وصححه، وهو يحكى[٥] عن اختيار المزني في كل حال؛ نظرًا للمباشرة.

وقال الإمام: إنه الذي صار إليه معظم أصحابنا، وحكي وجهًا ثالثًا عن رواية صاحب «التقريب»: أن الضمان عليهما؛ لأن الولي مباشر، وأمر الإمام كالمباشرة؛ فيشتركان في الضمان، ثم قال: وهذا غريب لم أره لغيره، وقد رواه غيره عن [رواية][٦] أبي علي الطبري، ورأيته فيما وقفت عليه من «تعليق» البندنيجي أيضًا، وقالوا في حالة الجهل: إن أوجبنا الضمان على الإمام في حالة العلم فهاهنا أولى، وإلا فوجهان قريبان مما إذا أضاف الغاصب بالطعام المغصوب غيره-

---

(١) في التنبيه: فتلف.
(٢) في د: مات.
(٣) زاد في التنبيه: فعليه الضمان.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ، د: محكي.
(٦) سقط في جـ.

على من يستقر الضمان؟ وظاهر المذهب وهو المنصوص: الأول، وعلى هذا فتحمل[١] العاقلة عن الإمام الضمان غرة كانت أو دية، وعليه الكفارة.

قال القاضي الحسين والإمام: ولا يجب في بيت المال من ذلك شيء؛ لأنه عامد[٢] غير مخطئ. وهذا ما حكاه الرافعي.

وحكى ابن الصباغ ذلك طريقة في استيفاء الحد في حالة الحمل، مع علم الإمام به، ثم قال: والظاهر من المذهب أن في ذلك قولين:

أحدهما: أنها على عاقلته.

والثاني: أنها في بيت المال؛ لأن إتلاف الجنين إنما هو عمد خطأ لا يتمحض فيه عمد؛ فجرى مجرى الخطأ.

قال: وإن لم يعلم، وعلم الولي ذلك - فعليه ضمانه؛ لأنه المباشر، والسلطان لما لم يعلم به، لم يكن مسلطًا له على الإتلاف.

وعن صاحب «التقريب» رواية وجه: أنه على الإمام؛ لتقصيره في البحث، قال الإمام: وهو غريب لم أره لغيره.

فعلى المذهب: تتحمل العاقلة عن المقتص الغرة أو الدية دون الكفارة؛ وكذا إذا أوجبنا عليه الضمان في الحالة السابقة.

وعلى وجه[٣] صاحب «التقريب»: الغرة أو الدية هل تتحملها العاقلة عن الإمام، أو تجب في بيت المال؛ لكونه مخطئًا؟ فيه قولان يأتيان في الكتاب. فإن قلنا بالوجوب في بيت المال فالكفارة هل تجب فيه أيضًا، أم على الإمام؟ فيه قولان في «تعليق» البندنيجي، والقاضي أبي الطيب. وغيرهما أثبت الخلاف وجهين، ويظهر جريانهما في الحالة السابقة أيضًا؛ بناء على ظاهر المذهب.

قال: وإن لم يعلم واحد منهما، فقد قيل: على الإمام؛ لتقصيره، وهذا قول[٤] ابن أبي هريرة، وبه قطع الشيخ أبو حامد، ومال إليه الشيخ أبو محمد، وجزم به صاحب الفروع.

وقيل: على الولي؛ لقوة جانبه بالمباشرة، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وحكى غير الشيخ في المسألة وجهًا ثالثًا أنه عليهما؛ لوجود التسليط من الإمام،

---

(١) في جـ: فتحتمل، وفي د: فيحمل.
(٢) في د: عاقد.
(٣) في جـ: رأي.
(٤) زاد في جـ: أبي علي.

والمباشرة من الولي، وهو[1] قول البصريين.

وإذا جمعت ما ذكر في المسألة واختصرت، قلت: على من يجب الضمان؟ فيه أربعة أوجه:

على الإمام مطلقًا.

على الولي مطلقًا.

عليهما مطلقًا.

على الإمام إن كان عالمًا، أو كانا معًا جاهلين، وعلى الولي إن اختص الإمام بالجهل، وهذا حكم الضمان.

وأما الإثم، فهو يتبع العلم.

أما إذا كان المقتص نائب الإمام، أو جلاده، دون الولي: فإن كان جاهلًا فلا ضمان عليه بحال، وإن كان عالمًا ففيه خلاف مرتب على الخلاف في الولي إذا كان عالمًا، وأذن له الإمام، والجلاد[2] أولى بألا يضمن؛ لأنه لا يستوفي لنفسه شيئًا، وإنما يمتثل مأمورًا يمضيه الإمام؛ ولذلك قيل: إنه آلة سياسة[3] الإمام، وإنه لا كفارة عليه إذا جرى على يده قتل بغير حق.

وعن أبي الفرج السرخسي حكاية وجهين في أنه هل يعتبر علم الولي والمباشر الجلاد، وقال: أصحهما: أنه يعتبر حتى إذا كان عالمًا، وهما عالمان[4]، يكون الضمان عليهم أثلاثًا.

ولو كان الولي هو المستوفي بغير إذن الإمام فهو آثم، وتجب الغُرة أو[5] الدية على عاقلته بكل حال، والكفارة في ماله.

واعلم أنه ليس المراد مما أطلق من العلم[6] بالحمل وعدمه حقيقة العلم؛ فإن ذلك لا يتصور، وإنما المراد به الظن المؤكد بظهور مخايله، وعبر عنه الإمام بأن قال: إن كان عالمًا بالحمل علم منه.

قال: وإن قتل واحد جماعة، أو قطع عضوًا من جماعة، أي: على الترتيب -

(١) في جـ: وهذا.
(٢) في أ: فالجلاد.
(٣) في د: ساسه.
(٤) زاد في جـ: أن.
(٥) في أ: و.
(٦) في أ، جـ: لعلم.

أقيد بالأول[١] لسبق حقه، وأخذت[٢] **الدية للباقين،** أي: بعد استيفاء الأول القود؛ لأن من خير بين أمرين إذا تعذر أحدهما تعين الآخر، أصله: إذا تعذر القصاص بعفو [بعض][٣] الورثة؛ فإنه يتعين للباقين الدية؛ فعلى هذا: إن اتسعت تركته لجميع الديات فذاك، وإلا قسمت بين الجميع، ولا نظر إلى المتقدم والمتأخر.

ولو عفا الأول عن القصاص أقيد للثاني، وهكذا، وليس لولي الثاني أن يجبر ولي المقتول أولًا على المبادرة إلى القصاص أو العفو عنه، بل حقه على التراخي كما [كان][٤] ، قال الإمام: ولا يختلف المذهب في ذلك.

ولو كان ولي المقتول أولًا غائبًا، أو صبيًّا أو معتوهًا، حبس القاتل إلى حضور الغائب، وكمال حال غيره وهو ما رواه الربيع.

وفي «الإبانة» و«العدة» حكاية قول عن رواية حرملة: أن للثاني أن يقتص، ويصير الحضور والكمال مرجحًا.

ولا فرق- فيما ذكرناه- بين أن يثبت القتل أو القطع مرتبًا بالبينة، أو[٥] بإقرار الجاني وتكذيب بعض الأولياء نعم، في حالة الإقرار قال أبو الفرج: للولي المكذب تحليفه.

والاعتبار في التقدم[٦] بوقت الموت، [لا بوقت][٧] الجناية، حتى لو قطع يد إنسان، وقتل آخر؛ فسرى القطع إلى النفس - فحق التقدم بالقتل للثاني، صرح به القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما.

وفي التتمة حكاية وجه: أنه يقتل بالمقطوع يده؛ لأن القطع صار قتلا.

فرع: إذا قتل أجنبي هذا القاتل، قال المتولي: فالمذهب أن الدية تؤخذ وتقسم بين الجميع، وهذا ما جزم به القاضي الحسين.

وقيل: يختص بها ولي المقتول [أولًا][٨] .

قال: وإن قتلهم، أو قطعهم دفعة واحدة، أو[٩] **أشكل الحال- أقرع بينهم؛**

---

(١) في جـ، د: للأول.
(٢) في التنبيه: أخذ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: و.
(٦) في جـ: التقديم.
(٧) في د: لا يوجب.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: و.

لتساويهم، وحينئذ من خرجت القرعة له كان كمن قتل مورثه، أو قطع طرفه أولًا، فإن عفا أعيدت القرعة للباقين.

وحكى الفوراني والطبري في «العدة» في أصل المسألة - والحالة هذه-: أنه يقتل ويقطع لجميعهم، ويجب لكل واحد من الأولياء حصة مورثه من الدية. وقد حكاه الرافعي عن الروياني في القتل، وأن[1] صاحب «البيان» حكى أن بعض أصحابنا بخراسان قالوا: يكتفي بقتل الواحد عن الجماعة؛ كما هو مذهب أبي حنيفة ومالك.

لكن إيراد الرافعي مصرح بأن محل هذين الوجهين إذا وجد القتل أو القطع مرتبًا، وإلحاق هذه الحالة بها.

تنبيه: ظاهر إطلاق[2] الشيخ وأكثر الأصحاب القول بالإقراع، يقتضي إيجابه، وقد صرح به الماوردي؛ حيث قال: فإن بدر أحدهم فاقتص منه بغير قرعة، فإن كان بأمر الإمام فقد أساء الإمام، ولم يعزر المقتص.

وعن رواية أبي الفياض وغيره: أنه مستحب، وللإمام أن يقتله بمن شاء منهم؛ لثبوت استحقاق الكل على التساوي.

قال الروياني: وهو الأصح، وعليه جرى القاضي ابن كج وغيره، وحكوا عن نص الشافعي أنه قال: أحببت أن يقرع بينهم.

ولو رضوا بتقديم واحد بلا قرعة جاز، والحق لا يعدوهم؛ فإن بدا لهم ردوا إلى القرعة، قاله الإمام.

وهذا إذا كان أولياء القتلاء حضورًا بالغين عقلاء، فلو كان بعضهم غائبًا أو صغيرًا أو معتوهًا فالمشهور: أن الحكم كذلك.

وفي «الوسيط»، عن رواية حرملة: أن للحاضر والكامل أن يقتص، ويكون الحضور والكمال[3] مرجحًا كالقرعة.

فرع: لو كان القاتل عبدًا فهل يقتل بواحد؛ كما لو كان حرًّا، أو يقتل بجميعهم؛ لأن في تخصيصه[4] ببعضهم تضييعًا لحق الباقين؟ فيه وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب في أثناء المسألة الأولى وغيره.

---

(١) زاد في جـ: كان.
(٢) في جـ: كلام.
(٣) في أ: أو الكمال.
(٤) في د: تخصصه.

والذي أورده ابن كج- منهما-: الثاني.

وأصحهما- عند الإمام والقاضي الروياني والفوراني والقاضي الحسين والمتولي، وغيرهم-: الأول، ويكون بمنزلة المعسر [يقتل بواحد][(١)] وللباقين الديات في ذمته، يلقى الله - تعالى - [بها][(٢)].

وهذا قد يقال: إنه يؤخذ من كلام الشيخ؛ لكونه لم يفصل بين الحر والعبد، وليس كذلك؛ لأن قوله في صدر المسألة: وأخذت الدية للباقين يأبى[(٣)] ذلك في حالة القتل، وإن لم يأبه في حالة القطع.

فعلى هذا: إن قتلهم على الترتيب، أو في دفعة واحدة- يكون حكمه ما سبق، ولا يكون عفو ولي الأول عن القصاص على مال مانعًا من أن يستوفي ولي المقتول ثانيًا القصاص منه، وإن تعلق المال برقبته، لكن [لو][(٤)] عفا ولي الثاني أيضًا على مال تعلق الجميع بالرقبة، ولا نظر إلى [التقدم والتأخر][(٥)]؛ كما لو أتلف مالًا على جماعة في أزمنة مختلفة.

وإيراد صاحب «التهذيب» يشعر بأن محل الخلاف فيما إذا قتلهم في دفعة واحدة، أما إذا كان على الترتيب فلا يُقتل بهم، وهذا هو الذي يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب عند الكلام في قتل الحر بالعبد؛ حيث قال: إذا قتل عبد عبدين؛ أحدهما بعد الآخر، فيبدأ بالأول؛ فإن قتله سيده، سقط حق الثاني؛ لفوات الرقبة، فإن[(٦)] عفا سيد الأول كان لسيد الثاني أن يقتص، وإن قتلهما معًا. [قال][(٧)]: فإن قتلاه به فقد استوفيا حقهما، وإن عفا أحدهما، ولم يعف الآخر، فإن حق الذي لم يعف لم[(٨)] يسقط، ولا يملك القتل؛ لأن القصاص لا يتبعض؛ فيتعلق الأرش برقبته؛ فيباع، ويستوفي قيمة المقتول من ثمنه، وهذا منه في الصورة الأخيرة؛ بناء على أنه يقتل بهما؛ كما أورده ابن كج، وإلا لم يستقم ما ذكره حكمًا وتعليلًا.

ثم فيما ذكرناه عن الأصحاب من تعليل الوجه الثاني ما يفهمك أنه لا يجري

---

(١) في أ، د: بقتل واحد.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: بأن.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) في ج، د: المتقدم والمتأخر.
(٦) في ج: وإن.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج، د: لا.

في القطع؛ لإمكان تعلق الأرش بالرقبة بعده.

قال: فإن بدر واحد فقتله[١]، **أو قطعه**، أي: من غير قرعة ولا عفو من الأول - فقد استوفى حقه؛ لأن حق كلٍّ من الأولياء قد تعلق بذلك المحل؛ بدليل ما لو عفا ولي المقتول أو المقطوع أولًا، أو من خرجت له القرعة؛ فإن ذلك ينتقل إلى من بعده؛ فإذا استوفاه فقد استوفى حقه من محله، لكنه يعزر؛ لما في ذلك من إبطال حق الغير.

وشبه القاضي أبو الطيب ذلك بما إذا تقدم رجلان إلى ماءٍ ليستقياه، وأحدهما سبق الآخر- فإن الثاني لو أزاح الأول عنه واستقى، كان قد أخذ حقه، ويكون متعديًا؛ لأن السابق أحق.

قال: ووجبت الدية للباقية[٢]؛ لتعذر القصاص عليهم بغير اختيارهم؛ فكان كالموت.

وحكى القاضي الحسين في «التعليق» وجهًا ضعيفًا: أن المبادر يغرم للأول[٣] دية قتيله، ويأخذ من تركة الجاني دية قتيل نفسه.

وفي «التتمة» وجه: أنه تلزمه الدية، ويختص بها ولي المقتول الأول؛ لأنه كان مقدمًا عليه؛ فإذا فوت الحق عليه غرم له؛ كالعبد المرتهن إذا جنى، ثم جاء المرتهن فقتله، يغرم الأرش لحق المجني عليه.

والفرق بين هذه العبارة [والأولى][٤]: أن الأولى توجب دية المقتول أولًا، والثانية توجب دية القاتل للمقتول[٥]، وذلك يظهر عند اختلاف الديات بسبب الأنوثة والدين.

قال المتولي: ولا يجيء هذا الوجه فيما إذا خرجت القرعة لواحد، فقتله غيره؛ لأن القرعة لا توجب زيادة قوة، وإنما صرنا إليها؛ لقطع المنازعة، بخلاف السبق.

فرع: إذا تمالأ على القاتل أولياء القتلاء، وقتلوه جميعًا- فقد حكى المراوزة في المسألة ثلاثة[٦] أوجه:

أصحها: أنه يقع عن جميعهم موزعًا عليهم، ويرجع كل منهم إلى ما يقتضيه

---

(١) في التنبيه: واحد منهم وقتله.
(٢) في التنبيه: للباقين.
(٣) في أ: الأول.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ، د: المقتول.
(٦) في د: ثمانية.

التوزيع من الدية: فإن كانوا ثلاثة رجع كل منهم بثلثي دية مورثه، [أو أربعة رجع كل منهم بنصف وربع دية مورثه][(١)]، وهذا ما جزم به المتولي.

والثاني: أنه يقرع بينهم، ويجعل القتل واقعًا عمن خرجت له القرعة، وللآخرين[(٢)] الدية.

والثالث - حكاه الشيخ أبو محمد عن الحليمي-: أنه يكتفي به عن جميعهم، ولا رجوع لهم إلى الدية؛ لأنه لو قتل جماعة واحدًا ظلمًا لجعلنا كلَّ واحد منهم كالمنفرد بالقتل في الاعتداء؛ كذلك نجعله كالمنفرد في الاستيفاء.

قلت: وهذا فيه نظر؛ لأنا قد حكينا أن مذهب الحليمي فيما إذا قتل عشرةٌ واحدًا ظلمًا- أن المستحق على كل [واحد][(٣)] منهم عشر روحه، إلا أن الروح لا تتجزأ؛ فلا يمكن استيفاء المستحق إلا بغيره؛ فاستوفى لتعذره[(٤)]، وإذا كان هذا مأخذه في استيفاء جميع [النفس من كل واحد منهم][(٥)] ثَمَّ، لم يحسن جريان مثله هاهنا؛ لانتفاء عدم إمكان استيفاء البعض.

نعم، قد يقال: إنه ذكر هذا تخريجًا على أصول الشافعي[(٦)] في تلك المسألة، [لا][(٧)] على ما اعتقده، والله أعلم.

فرع مُرَكَّبٌ من القتل والقطع: إذا قتل رجلًا، وقطع طرف آخر، ولم يسر، وحضر المستحقان - فإنه يقطع طرفه أولا، ثم يقتل، سواء تقدم القتل، أو تأخر؛ لأن في ذلك جمعًا بين الحقين، وهذا بخلاف ما لو قطع يمين إنسان، وقطع لآخر أصبعًا من يمينه، وحضر المستحقان؛ فإنه يقطع للسابق منهما، وللآخر من الدية بقدر ما تعذر عليه استيفاؤه.

والفرق: أن نقصان الطرف لا يوجب نقصان النفس؛ ألا ترى أن بدلها لا يختلف، ويُقتل كامل الأطراف بناقص الأطراف، ونقصان الإصبع يوجب نقصان اليد؛ ولذلك اختلف البدل، ولم يقطع الطرف الكامل بالناقص.

وما أطلقه في الوجيز في هذه الحالة من أنه يقرع بينها، فهو محمول على ما

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وللأخيرين.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في أ، د: لتعديه.
(٥) في أ، د: نفس كل منهم.
(٦) في د: للشافعي.
(٧) سقط في أ.

إذا وقع القطعان معًا، لا على الترتيب، أو جهل السابق.

ثم في الصورة الأولى، [لو أخر مستحق الطرف استيفاء القصاص، قال الإمام في باب حد قاطع الطريق: فإجباره على التعجيل محال، وحمله على العفو محال، وتفويت حقه بتسليط مستحق النفس على القتل، لا وجه له.

نعم](١)، لو ابتدر مستحق القصاص في النفس، وقتله، فلا شيء عليه.

وفي «التتمة»: أن الحكم كما لو قتل رجلين، وابتدر ولي الثاني فقتله.

أما إذا سرى القطع إلى نفس المقطوع أيضًا: فإن كان قبل أن يصدر من القاطع القتل، قطع، ثم قتل، وإن كان بعده فقد حكى ابن الصباغ عن الأصحاب: أنه ليس للولي استيفاء القصاص في الطرف، إلا أن يعفو ولي المقتول قبل السراية؛ فحينئذ يكون له القطع ثم القتل، قال: وفيه نظر؛ لأنه استحق القطع قبل قتل الآخر، فسرايته لا تسقط حقه، وإنما يجيء هذا على قول من قال: إن القصاص في الطرف يدخل في النفس، وإنما يقطع الطرف؛ لأنه طريق إلى قتله بمثل ما قتل [به](٢) .

قلت: وهذا هو الذي اقتضاه قول أصحابنا أيضًا؛ حيث جزموا- كما حكاه الرافعي- فيما إذا قطع يده؛ فسرى الجرح إلى نفسه، فعفا عن النفس - بأنه لا قصاص في الطرف، وإن ترددوا فيما إذا عفا عن الطرف في هذه الصورة، هل يكون عفوًا عن النفس؟ على وجهين.

وهذا ما أشرت إليه من قبل عند الكلام فيما إذا قال: عفوت عن هذه الجناية وما يحدث منها.

قال: وإن قتل وارتد، أو قطع وسرق - أقيد للآدمي، أي: عند الطلب، ودخل فيه حد الردة والسرقة؛ لأن حق الآدمي مبني على التشديد، وفي تقديمه تحصيل مقصود حق الله- تعالى [من وجه](٣).

وحكى الماوردي وجهًا آخر: أنهما لا يتداخلان، ويستوفيان؛ فيقطع بالسرقة [أولًا](٤)، ويقتل بالردة، وتجب الدية، ولعل محل هذا الوجه إذا تقدمت الردة

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ، د.

والسرقة، أما إذا تأخر ذلك فقد يقال[١]: لا يجري[٢]؛ لما فيه من تفويت حق السبق، وقد يقال به؛ لأن حق الله- تعالى- إذا سقط لا جابر له، بخلاف حق الآدمي.

وهذا الخلاف شبيه بالخلاف فيما إذا اجتمع في المال الزكاة وحق الآدمي.

والثالث[٣] - وهو القسمة - لا يجيء هاهنا؛ لأنا لا نرى قتل الشخص الواحد لشخصين وإن قتل وليهما معًا؛ ففي هذه الصورة أولى.

فرع: إذا قتل الوليُّ المرتدَّ عن الردة، دون القصاص- فعن «فتاوى» صاحب «التهذيب» أنه ينظر: إن كان ولي القصاص إمامًا فله الدية في تركة المرتد؛ لأن للإمام قتله عن[٤] الجهتين.

وإن كان غير الإمام، وقع قتله[٥] عن القصاص، ولا دية له؛ لأن غير الإمام لا يملك قتله عن جهة الردة، قال: وكذلك لو اشترى عبدًا مرتدًا؛ فقتله المشتري قبل القبض عن الردة - ينفسخ العقد إن كان المشتري الإمام، وإن كان غيره صار قابضًا؛ كما لو قتله ظلمًا محضًا.

قال: **وإن قطع يد رجل، ثم قتله - قطع، ثم قتل**؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولأن المقصود من القصاص التشفي والانتقام، وإنما يكمل التشفي إذا فعل به مثل ما فعل، لكن الولي يتولى القتل، [وهل يتولى][٦] قطع اليد إن منعناه عند الاندمال؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي، وقال:إنهما مخرجان من القولين فيما إذا أجافه؛ فمات: هل يجاف؟ كما سنذكره.

قال: وإن[٧] **قطعه؛ فمات منه - قطعت يده، فإن مات**، أي: في مثل تلك المدة التي سرت فيها جنايته، وإلا قتل؛ لأن ذلك أقرب إلى المماثلة[٨].

ثم ظاهر كلام الشيخ وغيره من العراقيين - كالبندنيجي والمحاملي وغيرهما- يقتضي وجوب الإنظار، وهو المحكي عن أبي الحسين بن القطان.

---

(١) في جـ: قال.
(٢) في جـ: يجزي.
(٣) زاد في جـ: ثَمَّ.
(٤) في أ: على.
(٥) غير واضحة في جـ.
(٦) في جـ: وهو متولي.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) في جـ: للماثلة.

والذي جزم به الغزالي والقاضي الحسين، وادعى الرافعي أنه المشهور: أنه غير مستحق حتى يجوز لولي المقتول أن يقتله عقيب القطع.

وفي «التتمة»: أنه إذا أراد قتله قبل مضي تلك المدة؛ فإن اندمل الجرحُ، أو ظهرت أمارات الاندمال، فله ذلك. وإن كانت الجراحة متألمة، ولم تظهر أمارة[١] البرء- فليس له ذلك.

قال: وإن قطع يد رجل من الذراع، أو أجافه[٢]، **فمات - ففيه قولان:**

أحدهما: يُقتل، أي: بالسيف، ولا يفعل به مثل ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ والمثلية لا تتحقق في [مثل][٣] هذه الحالة؛ بدليل عدم إيجاب القصاص في ذلك عند الاندمال؛ فتعين المصير إلى القتل بالسيف، وهذا ما صححه[٤] في «التهذيب».

قلت: ولو قيل على هذا القول: إن له قطع اليد من الكوع في مسألة قطع الذراع؛ كما كان له ذلك لو لم يسر الجرح - لم يبعد.

قال: والثاني: يُجْرح كما جرح؛ تحقيقًا للمماثلة في طريق الإزهاق؛ كما في الحالة الأولى وما قبلها، ويخالف حالة اندمال[٥] الجراحة؛ لأن المقصود ثَمَّ ليس إزهاق الروح، وقد يكون في هذا الفعل - بسبب الزيادة على المستحق - إزهاقها[٦]، وهاهنا المقصود إزهاقها؛ فلا أثر لتفاوت يتفق في ذلك؛ ألا ترى أنه لو[٧] ضربه بمثقل، فلم يمت، لا يجب القصاص فيه، ولو مات منه، وجب القصاص فيه، وضرب بمثله؟

وقد بنى المتولي القولين في الجائفة على الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا قطع يده فمات في أن قطع اليد في هذه الحالة لكونها مقصودة في نفسها، أو لكونها طريقًا في الاستيفاء؟ فعلى الأول: يتعين السيف، وعلى الثاني: يُجيفه.

قال: فإن مات، وإلا قتل؛ لأنه لا يمكن أن يفعل به مثل ذلك مرة أخرى، وإزهاق الروح مستحق؛ فتعين له هذا الطريق، وهذا القول أصح عند الشيخ أبي

---

(١) في جـ: أمارات.
(٢) في أ: أخافه.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في جـ: أوضحه.
(٥) في أ: الاندمال.
(٦) في جـ: إزهاقًا.
(٧) في أ: لما.

حامد وأبي الطيب وغيرهما من العراقيين، والروياني - أيضًا - وهو جارٍ، كما حكاه أبو الطيب وغيره فيما إذا قطع ذراع من لا كفّ له، والجاني صحيح الكف؛ فتقطع يده من الذراع، فإن مات، وإلا قتل، وهو الأظهر عند الإمام، وقيل: إنه المنصوص في «المختصر».

ثم محل هذا القول إذا قال الولي: أنا[١] أقتص في الجرح، ثم أحز رقبته إن لم يمت، أما إذا قال [الولي][٢] : أنا أقتص في الجرح، وأعفو عنه إن لم يمت - لم يمكن[٣] منه، صرح به البندنيجي، والرافعي في مسألة الجائفة، وقال: إنه إذا أجافه، ثم عفا عنه - عزر على ما فعل.

والقاضي الحسين خصّ محل التعزير بما إذا قال بعد الإجافة: كنت لا أريد قتله. والذي حكاه الماوردي أن [محل القول الثاني][٤] في الصورتين: إذا لم يرد العفو عن القصاص، [فإن أراد العمل به][٥] مع عفوه عن القصاص في النفس - لم يجز؛ لأنه قد صار بالعفو عن النفس كالمنفرد عن الراية.

والقولان في مسألة الكتاب يجريان - كما قاله الأصحاب - فيما إذا قطع يدًا شلاء، ويد القاطع صحيحة، أو شجه هاشمة، أو منقلة، أو مأمومة؛ فمات بالسراية.

وخصّ بعض الأصحاب القولين بما إذا كانت الجناية الغالب منها الموت، أما إذا لم يغلب منها فيقتل بالسيف، قال القاضي أبو الطيب: وهذا ليس بشيء.

قال: وإن قتل بالسيف أو السحر لم يقتل إلا بالسيف، أما في الأولى؛ فللآية، وأما في الثانية، فلما روى الترمذي عن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «حَدُّ السَّاحِرِ ضَرْبَةٌ بِالسَّيْفِ»[٦] ولم يفصل.

---

(١) زاد في أ: لا.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في د: يكن.
(٤) في جـ، د: محله.
(٥) في جـ، د: أما إن أراده.
(٦) أخرجه الترمذي (٤/ ٦٠) كتاب الحدود، باب: ما جاء في حد الساحر (١٤٦٠)، إسماعيل ابن مسلم عن الحسن عن جندب قال: قال رسول الله ﷺ ... فذكره.
قال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه إلا مرفوعا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي يضعف في الحديث، و إسماعيل بن مسلم العبدي البصري قال وكيع: هو ثقة ويروي عن الحسن أيضا، =

قال الأصحاب: ولأن عمل السحر محرم، ولا شيء مباح [يشبهه][1]، على أن ذلك لا ينضبط، ويختلف تأثيره. وقد ادّعى المحاملي والبندنيجي نفي الخلاف في ذلك بين الأصحاب، ولم أر تصريحًا بخلافه، لكن في كلام القاضي الحسين ما يقتضي أن له أن يقتله بالسحر؛ فإنه قال: كل آلة يجب بها القود يستوفى القود بجنسها، إلا في مسألتين: إذا لاطَ به، وإذا أوجره خمرا. على أن ما ادّعاه الأصحاب لا يخلو عن احتمال؛ من حيث إنا إذا قلنا: تعلم السحر ليس بحرام، ففعله - إذا لم يكن فيه سجود لصنم، ولا ما شابهه أو[2] قاربه - إنما حرمناه؛ لما فيه من الإضرار بالغير، وإذا كان كذلك فهو كالقطع والضرب، [والضرب والقطع][3] إذا أفضى إلى الموت جاز أن يقتص من فاعله بجنسه؛ فكان القياس أن يكون السحر كذلك.

فإن[4] قيل: إن أثر السحر لا ينضبط؛ فيُقال لقائل هذا: هلاَّ خرجته على الخلاف في الجائفة وتسليط السبع والحية على القاتل. نعم، قد يُقال: معرفة كون السحر يقتل لا يهتدي إليها غير فاعله؛ ولذلك قلنا: لا يتصور وجوب القصاص به إلا بالإقرار، وإذا كان كذلك فلم يظهر كونه فعلًا صالحًا للقتل - غالبًا - فلا يسلّط به عليه؛ لما فيه من الخلو عن الفائدة، بخلاف الجائفة ونحوها؛ فإن كل أحد يعرف أن ذلك يوصل[6] إلى إزهاق الروح غالبًا، فلم يخلُ الإتيان به عن الفائدة، والله أعلم.

قال: وإن قتل باللواط أو سقي الخمر فقد قيل: يقتل بالسيف؛ لأن ما قتل به محرم الفعل ؛ فلم يجز أن يفعل به مثله، وتعين له السيف؛ كما في القتل بالسحر، وهذا هو الأصح.

= والصحيح عن جندب موقوف، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، وهو قول مالك بن أنس، وقال الشافعي: إنما يقتل الساحر إذا كان يعمل في سحره ما يبلغ به الكفر، فإذا عمل عملا دون الكفر فلم نر عليه قتلا.

قال في العلل الكبير ص (٢٣٧) برقم (٤٣٠): سألت محمدا - يعني البخاري - عن هذا الحديث فقال: هذا لا شيء، وإنما رواه إسماعيل بن مسلم، وضعف إسماعيل بن مسلم المكي جدًّا.

(١) بياض في جـ.
(٢) زاد في أ: ما.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: وإن.
(٥) زاد في جـ: غالبًا.
(٦) في جـ، د: موصل.
(٧) في أ: للفعل.

وقيل: يعمل في اللواط مثل الذكر من الخشب؛ فيقتل به، وفي الخمر يسقي الماء؛ فيقتل به؛ [لقربه من فعله][(١)]، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري؛ كما حكاه القاضي الحسين، وأبي إسحاق المروزي كما حكاه المحاملي والبندنيجي، وحكى الماوردي عنه أنه في مسألة اللواط: يقتل بإيلاج خشبة كما ذكره الشيخ، وفي سقي[(٢)] الخمر [يقتل بسقي][(٣)] الخلّ.

وحكى القاضي أبو الطيب عنه [أنه][(٤)] في مسألة الخمر يسقي الماء حتى يموت، كما ذكره الشيخ، وفي مسألة اللواط: يعمل له من الجلود مثل الذكر، ويوالى عليه، ويكرر الفعل إلى أن يموت، قال المتولي: ومحل هذا الوجه إذا كان موت القاتل متوقعًا بالمقابلة بمثل ما فعل، أما إذا لم يتوقع، وكان موت المجني عليه؛ لطفولية، ونحوها - فلا؛ لأن فيه ارتكاب محظور بلا فائدة. وهذا موافق لما قاله الإمام، فيما إذا ضرب نحيفًا بضربات يقتل مثلُها مثلَه غالبًا ولا يقتل مثل الجاني - إما يقينًا، أو غالبًا لقوته-: إن الوجه القطع بأنه لا يضرب بتلك الضربات؛ لأنها لا تقتله، وإنما يراعى المماثلة إذا توقعنا حصول الاقتصاص بذلك الطريق، لكن الإمام بدا له في الأخيرة[(٥)] احتمال آخر.

وقد حكى الفوراني وجهًا آخر في اللواط: أنه لا يجب به القصاص؛ لأن المقصود به طلب اللذة؛ فلا يتحقق العمد فيه، ثم قال: وهو خطأ.

وحكى أبو الفرج السرخسي وجهًا في سقي[(٦)] الخمر مثله؛ لأنه لا يقصد به الإهلاك.

فرع: لو سقاه البول حتى مات، قال القاضي الحسين: احتمل أن يوجر بقدره من البول، بخلاف الخمر؛ لأن البول يباح شربه عند الضرورة، والخمر لا يباح على الصحيح من المذهب، وكذا لو سقاه السمّ، ومات، والسمّ طاهر - يسقي مثله، وحكى الرافعي عنه وجهين في مسألة البول، أو يكون كالخمر.

قال: وإن غرق، أو حرق، أو قتل بالخشب، أو بالحجر - فله أن يقتله

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: مسألة.
(٣) في جـ: يسقى.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: الآخرة.
(٦) في د: بيع.

بالسيف؛ لأنه أوحى وأسهل على المقتول[(١)] ؛ ففيه ترك بعض الحق، وله أن يفعل به مثل ما فعل، أي: من كل وجه؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ الآية [البقرة: ١٩٤]، ولما روى البراءُ بن عازب أن النبي ﷺ قال: «مَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ وَمَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ»[(٢)]، وما روى مسلم والبخاري وأبو داود وغيرهم، عن قتادة: «أَنَّ جَارِيَةً وُجِدَتْ قَدْ رُضَّ رَأْسُهَا [بَيْنَ حَجَرَيْنِ][(٣)] ، فَقِيلَ لَهَا: مَنْ فَعَلَ بِكِ هَذَا؟ أَفُلانٌ، أَفُلانٌ، حَتَّى سَمَّوا[(٤)] الْيَهُودِيَّ[(٥)] ، [فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا، فَأُخِذَ الْيَهُودِيُّ][(٦)]، [فَاعْتَرَفَ][(٧)] ؛ فَأَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُرَضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ»[(٨)].

قال البيهقي: ولا تجوز دعوى الشيخ في [هذا؛ لنهيه][(٩)] - عليه السلام - عن المثلة[(١٠)] ؛ إذ ليس في هذا تاريخ ولا سبب يدل على النسخ، ويمكن الجمع بينهما: بأنه إنما نهى عن المثلة[(١١)] فيمن وجب قتله، لا على طريق المكافأة والمجازاة.

[«وضابط هذا»][(١٢)] النوع: أن يقع القتل بما يوحي، إلا ما ذكرناه.

وحكى الإمام أن في بعض الطرق رمزًا إلى أنه في مسألة الحرق[(١٣)] لا يقتل به، وحكاه المتولي قولًا في الضرب، وفيما إذا رماه من جبل، أو حبسه في بيت حتى مات جوعًا، وقال: إنه اختيار المزني.

---

(١) في د: القبول.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن» (٨/ ٤٣) كتاب الجنايات، باب: عمد القتل بالحجر وغيره من طريق بشر بن حازم عن عمران بن يزيد البراء عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من عرض عرضنا له، ومن حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» .
وعزاه الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٤)، للبيهقي في «السنن» وفي «المعرفة» وقال عقبة: «قال صاحب التنقيح: في هذا الإسناد من يجهل حاله كبشر وغيره». ا هـ.

(٣) في أ: بحجرين.

(٤) في جـ، د: سمى.

(٥) في د: اليهود.

(٦) سقط في جـ.

(٧) سقط في أ.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) في جـ: هذه التهمة.

(١٠) في جـ: المثلية، والحديث أخرجه البخاري (٥/ ١٥٠) كتاب المظالم، باب: النهبى بغير إذن صاحبه، برقم (٢٤٧٤)

(١١) في جـ: المثلية.

(١٢) في د: والضابط في هذا.

(١٣) في جـ، د: الخنق.

وقد أجرى الخلاف - أيضًا- فيما إذا قتله بإنهاش حية ونحوها، أو بحبسه مع سبع في مضيق ونحوه؛ لأن الأفاعي غير متماثلة، وكذا السباع، حكاه الماوردي.

فرع: إذا تعذر الوقوف على قدر الحجر، أو قدر النار، أو قدر الماء، أو عدد الضربات - فعن القفال: أنه يقتل بالسيف، وعن بعضهم: أنه [يؤخذ](١) باليقين.

قال: **فإن فعل [به مثل](٢) ذلك، فلم يمت - ففيه قولان:**

أحدهما: يقتل بالسيف؛ لأن المماثلة قد حصلت، ولم يبق إلا تفويت الروح؛ فوجب تفويتها بأسهل ما يمكن، وهو ضرب العنق بالسيف، وهذا ما ادّعى القاضي الحسين أن الشافعي لم يقل بخلافه، [ولا يختلف](٣) مذهبه فيه.

والثاني: يكرر(٤) عليه مثل ما فعل(٥) إلى أن يموت.

قال الماوردي: أو ينتهي إلى حالة يعلم - قطعًا - أنه يموت فيها؛ فيُمسك عنه؛ كما يمسك عن المضروب العنق إذا بقيت فيه حياة. ووجهه: أنه فعل به فعلا اتصل بالموت؛ فيجب أن يفعل به مثل ذلك إلى أن يموت؛ ليكون أشبه بفعله، وكي لا يوالي عليه بين نوعين من العذاب، وهذا ما ادّعى القاضي أبو الطيب والبغوي، والنواوي أنه الصحيح، وقال القاضي الحسين: إنه أخذ من قول الشافعي في «المختصر».

وقال بعض أصحابنا: إن لم يمت من عدد الضرب، قتل بالسيف.

وحكي في مسألة(٦) القتل بالنار، إذا بقينا(٧) الجاني بقدر ما بقي المقتول فيها حتى مات، فلم يمت - أنّا ننظر: فإن كان إخراجه وحَزُّ رقبته أسهل فعل، وإن كان تبقيته في تلك النار زمانًا أسهل عليه من حز رقبته، فوجهان:

أحدهما: يبقى.

والثاني: لا؛ لأنا نراعي(٨) الأسهل عليه في هذا الباب.

وقال: إن هذا الحكم فيما هو في معنى ذلك مثل التخنيق(٩)، وعلى ذلك جرى صاحب «الإبانة» وغيره.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في جـ: ولم يختلف.
(٤) في د: يكون.
(٥) زاد في التنبيه: ذلك.
(٦) في أ: المسألة.
(٧) في جـ: أبقينا.
(٨) في أ، د: لا نراعي.
(٩) في أ: المنجنيق.

وصور الإمام محل الوجهين بما إذا لم يمكن قتله بالسيف في النار.

وتردد الشيخ أبو محمد فيما إذا كان الإخراج[١] أهون، وتراضوا على البقاء، والأظهر: أنه لا أثر لتراضيهما.

قال: **إلا في الجائفة وقطع الطرف**؛ لتعذر إمكان ذلك في المحل، وفي غيره يؤدي[٢] إلى أخذ طرف بطرفين، وجائفة بجائفتين، وهذا ما ادّعى ابن الصباغ والمحاملي وغيرهما نفي خلافه.

وفي «البسيط»[٣] [وجه][٤]: أنه يزاد في الجوائف[٥]، إذا جوّزنا القصاص فيها؛ ليكون إزهاق الروح قصاصًا بطريق إزهاقه عدوانًا، وهذا ما ادّعى المزني أنه قياس مذهب الشافعي، والأصحاب فرّقوا بما ذكرناه.

قال: **ومن وجب له القصاص في الطرف، استحب له ألا يعجل في القصاص حتى يندمل.**

هذا الفصل[٦] يقتضي بيان حكمين:

أحدهما: جواز القصاص قبل الاندمال، وقد خالف [فيه][٧] أبو حنيفة ومالك والمزني.

[**والثاني**: استحباب التأخير إلى الاندمال][٨].

ودليلهما: ما روى الدارقطني في «سننه»، عن رواية أيوب، عن عمرو بن دينار، عن جابر: «أَنَّ رَجُلا طَعَنَ رَجُلا بِقَرْنٍ فِي رُكْبَتِهِ؛ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَقِيد، فَقِيلَ لَهُ: حَتَّى تَبْرَأَ؛ فَأَبَى، وَعَجَّلَ؛ فَاسْتَقَادَ، فَعَرِجَتْ رِجْلُهُ، وَبَرِئَتْ رِجْلُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ؛ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ، أَنْتَ أَبَيْتَ»[٩].

---

(١) في أ: الإجراح.
(٢) في أ: ويؤدي.
(٣) في جـ، د: الوسيط.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: الجائفة.
(٦) في د: القصاص.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: وقال الإمام في آخر النهاية: إن من أصحابنا من جعل من القصاص قولين، كما في المال، وهو بعيد لا أعرف له وجهًا.
(٩) أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٨) كتاب الحدود والديات وغيره حديث (٢٤)، ومن طريقه البيهقي في السنن (٨/ ٦٧) كتاب الجنايات، باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢/ ٢١٧) من طريق محمد بن إسحاق، قال: وذكر عمرو بن شعيب عن أبيه... فذكره. قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/ ٢٩٩): «رجاله ثقات». اهـ.
=

قال الماوردي: وفي هذا الحديث دلالة على شيء ثالث، وهو جواز القود من الجناية بغير الحديد؛ لأن الجناية كانت بقرن.

قلت[(١)] : وعلى أمر رابع، وهو أن ما حصل[(٢)] بسبب الجناية من شين بعد الاقتصاص لا يجبر بشيء آخر.

وفي تعليق القاضي الحسين حكاية وجه: أنه لا يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال؛ كما سنذكره في الديّات[(٣)] ، [والإمام حكاه في آخر النهاية، وقال: إنه بعيد، لا أعرف له وجهًا][(٤)] وادّعى الرافعي أنه قول مخرج، وأن الأول هو المنصوص.

قال: **فإن أراد العفو عنه على الدية، قَبْل الاندمال - ففيه قولان:**

أحدهما : يجوز ؛ لأن الدية أحد البدلين؛ فكان له الرجوع إليها قبل الاندمال؛ كالقصاص.

قال القاضي الحسين: وهذا أخذ من نصّ الشافعي في كتاب المكاتب، فيما إذا جنى السيد على عبده المكاتب، فقطع يده: أن له أن يعجل أرش يده قصاصًا من كتابته.

وقال الرافعي: إنه أخذ من نصّه في تعجيل القصاص.

فعلى هذا: لو كان أرش الطرف زائدًا على دية؛ مثل أن قطع يديه ورجليه؛ فهل له أخذ الزائد على دية النفس؟ فيه وجهان، حكاهما الشيخ أبو حامد:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق-: لا؛ لأن دية النفس في هذا المقام هي المحققة، وما زاد مشكوك فيه.

والثاني: نعم؛ لأن الأصل بقاء استحقاق ذلك، وعدم السراية.

قال: **والثاني : لا يجوز ؛** لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال؛ إذ قد يسري القطع؛ فيدخل أرشه في دية النفس، وقد يشارك الجاني فيه شخص آخر، أو

= قلت: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو وإن كان صدوقًا إلا أنه يدلس، ولم يصرح هنا بالسماع من عمرو بن شعيب. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٤٥٤) رقم (١٧٩٩١) عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، قال: قضى رسول الله ﷺ في رجل طعن آخر بقرن في رجله... الحديث.

(١) في د: قال.
(٢) في ج، د: يحصل.
(٣) في ج، د: الدية.
(٤) سقط في ج، د.

أشخاص فيتوزع عليهم؛ بخلاف القصاص في الطرف، فإنه لا يسقط، ولا يتبعض؛ بسبب ما يحدث من اندمال، أو سراية، أو مشاركة في قتل النفس، وهذا هو الصحيح، والمنصوص عليه في جميع كتبه، والمعمول عليه عند سائر الأصحاب؛ كما قاله الماوردي.

قال القاضي الحسين: وقد قال بمثله في مسألة المكاتب بعضُ الأصحاب، وبعضهم أقرّ النصين، وفرق بأن للمكاتب غرضًا[١] في الاستيفاء قبل الاندمال، وهو وصوله إلى الحرية، بخلاف الحر.

قال الإمام: والصائرون إلى جواز التعجيل في مسألة المكاتب اختلفوا: فمنهم من خصّ ذلك بما إذا كان المال المأخوذ وافيًا بالنجوم أو بما بقي منها، ومنهم من يعمم الحكم، وهو قضية إطلاق القاضي الحسين.

فرع: لو كانت الجناية مما لا توجب قصاصًا ولا أرشًا مقدرًا، فلا بد من التوقف حتى تتبين العاقبة.

وعن بعض الأصحاب فيما رواه الشيخ أبو محمد: أنه يأخذ[٢] أقل ما يفرض حكومة[٣] لتلك الجراحة.

قال: وإن[٤] اقتصّ في الطرف؛ فسري إلى نفس الجاني - لم يجب ضمان السراية؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ * إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[٥] [الشورى: ٤١، ٤٢] وهذا قد انتصر؛ فيجب ألا يكون عليه سبيل.

وأيضًا: فقد روي عن عمر وعليّ - رضي الله عنهما - أنهما قالا: «إِنَّ [مَنْ][٦] مَاتَ مِنْ حَدٍّ، أَوْ قِصَاصٍ؛ فَلَا دِيَةَ لَهُ، [الحق[٧] قَتَلَه][٨] »[٩].

ولأنها عقوبة مستحقة مقدرة؛ فوجب ألا تُضْمن سرايتها؛ كالقطع في السرقة.

---

(١) في ج، د: عوضًا.
(٢) في ج، د: يؤخذ.
(٣) في أ: حكمه.
(٤) في ج، د: من.
(٥) زاد في د: الآية.
(٦) سقط في أ، ج.
(٧) في أ: الحكم.
(٨) سقط في ج.
(٩) أخرجه البيهقي (٨/٦٨) جماع أبواب القصاص بالسيف، باب: الرجل يموت في قصاص الجرح.

قال: وإن[(١)] **اقتصّ في الطرف، ثم سرى إلى نفس المجني عليه، ثم [سرى][(٢)] إلى نفس الجاني - فقد استوفى حقه**؛ لأن السراية لما كانت كالمباشرة في إيجاب القصاص، وجب أن تكون كذلك في استيفائه.

قال المحاملي: وهكذا الحكم لو اقتص من الجاني في الطرف، فعاد وقتل المجني عليه، ثم سرى القطع إلى نفسه؛ فإنه يجعل قصاصًا؛ لأنها سراية عن قصاص بعد وجوب القصاص.

وهكذا الحكم إذا قطع يدي إنسان، [فسرى القطع إلى النفس، فقطع الولي إحدى اليدين،][(٣)] ومات الجاني قبل قطع الأخرى - يجعل مستوفيًا لحقّه، ولا تجب دية اليد الأخرى؛ لأن الجرح قد صار قتلًا، وقد استوفاه بالسراية.

تنبيه: احترز الشيخ بقوله: «ثم سرى إلى نفس الجاني» عما إذا اقتصّ [في الطرف][(٤)]، فسرى إلى عضو آخر، لا إلى النفس، كما إذا قطع أصبعه، فسرى إلى كفه[(٥)]، ثم قطع أصبع الجاني؛ فسرى [- أيضًا -][(٦)] إلى الكف؛ فإن الشافعي نصّ في موضع- كما ادّعاه الرافعي - على أنه لا قصاص.

وقال في المختصر فيما إذا أوضحه؛ فذهب ضوء عينه وشعر رأسه؛ فاقتصّ المجني عليه في الموضحة؛ فذهب ضوء عينه، وشعر رأسه: إنه يكون مستوفيًا لحقّه. ولو لم يذهب ضوء عين الجاني، وثبت[(٧)] شعره - فعليه دية البصر، وحكومة الشعر. وفي [هذا النصّ][(٨)] إيقاع الشعر [في مقابلة الشعر][(٩)] وهو من الأجسام؛ فأشعر بأن السراية إلى الجسم تقع[(١٠)] قصاصًا.

واختلف الأصحاب - لأجل ذلك - في حصول الاستيفاء بالسراية إلى ضوء العين والطرف؛ إذا لم نوجب القصاص فيهما[(١١)] بالسراية والشعر - على طرق:

إحداها: المنع في الجميع، والقائلون به اختلفوا:

فمنهم من قال: إنما أراد الشافعي بالشعر: شعر موضع الموضحة؛ فإنه يتبع

---

(١) في التنبيه: من.
(٢) سقط في جـ، والتنبيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الكف.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في د: نبت.
(٨) في جـ: هذين النصين.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: تكون.
(١١) في جـ: فيها.

الموضحة؛ كالشعر على اليد والرجل يتبعها قصاصًا ومالًا.

ومنهم من قال: لم يتكلم الشافعي في الشعر، وإنما هو من زيادة المزني، وقالا: ما ذكره في الضوء[(١)] مفرع على الصحيح في وجوب القصاص فيه بالسراية [إليه][(٢)].

والثانية: القطع في مسألة الضوء بالحصول، وفيما عداه قولان:

أحدهما: الحصول؛ كما في النفس، وهو اختيار المزني. فعلى هذا: لا نظر في حكومة الشعر إلى التفاوت بين قدر الحكومتين.

والثاني: المنع، وبه جزم ابن الصبّاغ والماوردي والمتولي. والفرق بينه وبين الروح: أن السراية إليها توجب القصاص، بخلاف ما نحن فيه.

والثالثة: القطع في مسألة الضوء بالحصول، وفي مسألة الشعر بالمنع، وفي الطرف قولان؛ وهما جاريان - كما حكاه الإمام - فيما إذا قطع يد إنسان، فاقتص المجني عليه في أصبع من يد الجاني؛ فسرى إلى الكفّ، ومال إلى الحصول، وقال: لا وجه عندنا إلا القطع به.

والصحيح - [وإن ثبت][(٣)] الخلاف في الشعر والطرف-: عدم الحصول، وعلى هذا: تجب دية ما فات من الأطراف بالسراية، وحكومة الشعر.

قال الرافعي: وله المطالبة بأرش الأصبع عند القطع؛ لأنه إن سرى القطع إلى الكفّ لم يسقط ما في الذمة؛ فلا [معنى][(٤)] لانتظار السراية.

قال: **وإن سرى إلى نفس الجاني، ثم [سرى][(٥)] إلى نفس المجني عليه - فقد قيل: تكون السراية قصاصًا**؛ لأنها سراية عن قصاص، وقد وجب عليه القصاص في النفس؛ فكان قصاصًا عنه كالتي قبلها، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والمذهب: أن السراية هدر، أي: سراية القصاص؛ لأن القصاص إنما يجب في النفس بزهوق الروح؛ فلو جعل مستوفيًا بالسراية السابقة لكان كالسلف في القصاص، والسلف في القصاص لا يجوز؛ كما لا يجوز أن يقول: أقطع يدك

---

(١) في ج: الصورة.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: أن سبب.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.

حتى إذا قطعت يدي لا يكون [لي][(١)] عليك شيء.

وعلى هذا: **يجب**[(٢)] **نصف الدية في تركة الجاني**[(٣)]؛ إن[(٤)] كانت دية الجاني مثل دية المجني عليه، فإن كانت أقل فيجيء في قدر ما يرجع به الخلاف السابق.

وقد أعرض[(٥)] غير الشيخ من الأصحاب عن ذكر المذهب في هذه المسألة، وحكى الخلاف وجهين، وقال الإمام: إنه يمكن بناؤها على أنَّا [هل][(٦)] نجعل الجرح قتلًا إذا أدى إلى القتل، أم لا؟ وفيه وجهان ذكرناهما فيما إذا جرح الكافر كافرًا، ثم أسلم الجارح، أو العبد عبدًا، ثم أعتق العبد[(٧)]، ومات المجروح، وقضية هذا البناء أن يكون الراجح عنده [أن السراية هدر؛ لأن الراجح عنده][(٨)] ثم امتناع القصاص.

تنبيه: الهدر - بفتح الدال والهاء - المُلْغَى[(٩)] الذي وجوده كعدمه.

قال: **وإن قلع**[(١٠)] **سن صغير لم يثغر**، أي: لم يسقط أسنان اللبن - لم يجز أن يقتص منه؛ لأن العادة في أسنان من هذا حاله أنها تعود بعدما سقطت؛ فلم يتحقق إتلافها.

قال: **حتى يؤيس من نباتها**؛ لأنَّا[(١١)] حينئذ نتحقق الإتلاف وفساد المنبت، وهذا بخلاف الموضحة والجائفة؛ فإنه يقتص منهما في الحال، وإن كان الغالب عودهما.

والفرق: أنَّا لو لم نفعل ذلك لصارت معظم المواضح والجوائف هدرًا[(١٢)].

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: ويجب.
(٣) في التنبيه: القاتل.
(٤) زاد في ج: لو.
(٥) في د: اعترض.
(٦) سقط في د.
(٧) في ج: الجارح.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، ج: الملقى.
(١٠) في ج: قطع.
(١١) في ج: لأنها.
(١٢) قوله: وإن قلع سن صغير لم يثغر أي لم يسقط أسنان اللبن؛ لم يجز أن يقتص منه حتى يؤيس من نباتها؛ لأن العادة أنها تعود.
ثم قال ما نصه: وهذا بخلاف الموضحة والجائفة، فإنه يقتص منهما في الحال وإن كان الغالب عودهما.
والفرق أنا لو لم نفعل ذلك لصارت معظم المواضح والجوائف هدرًا. انتهى كلامه.
وما ذكره في الجائفة غلط؛ لأنه لا قصاص فيها أصلًا؛ لأنها لا تنتهي إلى عظم، وقد سبق إيضاحه في =

وقد جزم بما حكاه الشيخ الجمهور، ومنهم: الإمام، ثم قال: وفي القلب من إيجاب القصاص في هذه الحالة شيء؛ لأن عين السن من المثغور[١] عضو قصاص، ومن غير المثغور ليس عضو قصاص؛ فلا تتجه فيهما[٢] المقابلة.

وقد حكى الغزالي وغيره ذلك قولا، ووجهوه بأنه فضلة في الأصل نازلة منزلة الشعر الذي ينبت[٣] مرة بعد أخرى، وسنّ البالغ أصلية.

وحكى الإمام عن صاحب التقريب وجهًا: أن الجائفة إذا التحمت زال حكمها، ورأى تخصيصه - على ضعفه - بما إذا تعدت[٤] الحديدة إلى الجوف، وحصل الخرق من غير زوال لحم من البين، دون ما إذا زال شيء، ونبت [شيء][٥] جديد، ورأى طرده في مثلها في الموضحة.

ثم حالة الإياس من الإنبات في السن: [أن ينتهي][٦] الصبي إلى سن يقول أهل الخبرة فيه: إنه لا ينبت بعد ذلك.

ولو مات الصبي قبل بلوغ ذلك السن، لم يجب القصاص، وفي وجوب الأرش خلاف يأتي.

تنبيه: كلام الشيخ يفهم أمرين:

أحدهما: أنه إذا قلع[٧] سن من قد أثغر - أنه يجب القصاص في الحال، و[قد][٨] حكي عن الشيخ أبي حامد أنه قال في ذلك: يسأل أهل الخبرة أيضًا؛ فإن قالوا: لا تعود؛ وجب القود [في الحال][٩]، وإن قالوا: يرجى عودها إلى مدة؛ انتظرت. وهذا ما ذكره في المهذب، لكن أكثر الأصحاب على ما أفهمه كلام الشيخ.

= كلامه عند قول الشيخ وأما الجروح فيجب فيها كل ما ينتهي إلى عظم وصرح به الرافعي أيضًا في الكلام على الشجاج فقال: وفي عكسه الجائفة لها أرش مقدر ولا قصاص فيها. هذا لفظه. وبالجملة فلا خلاف في عدم وجوب القصاص، والذي أوقع المصنف في هذه الغلطة الفاحشة التباس حصل في كلام الرافعي، فاعلمه واحذره. [أ و].

(١) في د: الثغور.
(٢) في أ، جـ: فيها.
(٣) في د: ينثره.
(٤) في أ، د: تقدمت.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في جـ: إذا بلغ.
(٧) في أ، جـ: بلغ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في د.

الثاني: إذا قلع[(١)] سن كبير لم يثغر أنه [لا يجوز][(٢)] القصاص في الحال.

وقياس قول الشيخ أبي حامد في المسألة السابقة، أنه له قصاص إلا بعد مراجعة أهل الخبرة؛ وهو قضية[(٣)] ما حكاه الرافعي؛ حيث قال: إذا قلع غير مثغور سن غير مثغور فلا قصاص في الحال؛ لأن الغالب في السن المقلوعة النبات؛ فإن نبتت فلا قصاص ولا دية؛ وإن لم تنبت وقد دخل عليه وقته؛ فالمجني عليه يأخذ الأرش أو يقتص، وعلى هذا يكون ذكر الصبي لا للتقييد؛ بل لأن الغالب أن السن الذي لم يثغر: سن الصبي.

فرع: إذا اقتص من الجاني بقلعه سن من قد اتَّغَر[(٤)] ، أو أخذ منه الأرش، فعاد سن المجني عليه؛ فقولان منصوصان جاريان فيما لو قطع لسانه فنبت:

أحدهما: أنه نعمة مجددة، وهذا هو الأصح في مجموع المحاملي، وقد قيل: بالقطع[(٥)] به في اللسان، فعلى هذا: لا شيء على المجني عليه.

والثاني: أنه بدل عن السن الأول؛ فعلى هذا: يرجع الجاني على المجني عليه بأرش السن خمس من الإبل.

وعن رواية أبي الطيب بن سلمة: أنه لا يطالب في صورة الاقتصاص بشيء؛ بخلاف أخذ الأرش، فإن أخذ الأرش المدفوع ممكن؛ بخلاف القصاص.

ولو انعكس الحال؛ فعاد سن الجاني، دون المجني عليه، فعلى الأول: لا شيء عليه، وعلى الثاني وجهان:

أحدهما: يقلع ثانيًا، وكلما عاد قلع؛ لأن الجاني أعدم نبات [سن][(٦)] المجني عليه؛ فوجب أن يفعل به مثل ذلك.

والثاني: لا يقلع، وعلى هذا فوجهان حكاهما الماوردي:

أحدهما - وبه جزم أبو الطيب والمحاملي-: أنه يؤخذ منه أرش السن، وهو خمس من الإبل.

والثاني: [لا يؤخذ بالدية][(٧)] ؛ كما لا يؤخذ بالقصاص.

---

(١) في جـ: قطع.
(٢) في جـ: يجب، وفي د: يجوز.
(٣) في جـ: ما يقضيه.
(٤) في أ، د: اثغر.
(٥) في جـ: بالقلع.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: لا يأخذ الدية.

ولو عاد سن الجاني والمجني عليه معًا، فلا شيء لأحدهما على الآخر باتفاق القولين.

تنبيه: يقال للصبي إذا سقطت رواضعه: قد ثغر يثغر؛ فهو مثغور؛ كضرب يضرب فهو مضروب، فإذا نبتت بعد ذلك قيل: اتَّغر، بتشديد التاء ثالثة الحروف، وأصله: اثتغّر؛ فقلبت الثاء تاء، ثم أدغمت، وحينئذ يكون قول الشيخ: لم يثغر، بمثناة، آخر الحروف مضمومة، ثم مثلثة ساكنة، ثم غين معجمة مفتوحة.

قال: **وإن وجب له القصاص في العينين**(١) **بالقلع، لم يمكَّن من الاستيفاء**؛ [لأنه](٢) لا يحسنه [لعماه](٣) وعدم بصره بهما، **بل يؤمر بالتوكيل فيه**؛ لأن به يحصل مقصوده من غير حيف.

ولو كان قصاصه واجبًا في عين واحدة، وهو يبصر بالأخرى - مكِّن [من الاستيفاء؛ إن كان يحسنه](٤)، صرح به الماوردي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهم.

قال: **ويقلع بالأصبع**؛ لأنه يأتي على ما لا يأتي عليه الحديد؛ فتقع المماثلة.

وقيل: يقلع بالحديد.

ومحل ذلك: إذا كان الجاني قد قلع بالأصبع، أما إذا كان قد قلع بالحديد، لم يقلع إلا به.

قال: **وإن كان [قد]**(٥) **لطمه [حتى]**(٦) **ذهب الضوء**؛ أي: ضوء العينين، ومثل تلك اللطمة تذهبه - فعل به مثل ذلك؛ طلبًا للمماثلة، وهذا ما حكي عن نصّ الشافعي في الأم، ونسبه في المهذب لبعض الأصحاب، وقال: يحتمل عندي ألا يقتص باللطمة؛ كما لا يقتص إذا هشمه؛ فذهب ضوء عينه بالهاشمة، وأنه لا اقتصاص في اللطمة كما لا اقتصاص في الهاشمة.

وقد أقام البغوي هذا الاحتمال وجهًا، وقال: إنه الأصح.

أما إذا ذهب ضوء إحدى عينيه فلا يمكن أن يفعل به مثل ما فعل؛ لأنه ربما

---

(١) في التنبيه: العين.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: منه إن كان يحسن الاستيفاء.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في جـ.

أذهب[(١)] عينيه جميعًا، وربما زال عقله؛ فيكون قد أتلف [منه][(٢)] أكثر مما جنى عليه، وعلى هذا يكون الحكم كما سنذكره.

قال: **فإن لم يذهب [الضوء]**[(٣)] ، **وأمكن أن يذهب [الضوء]**[(٤)] **من غير أن يمس الحدقة**، أي: مثل أن يوضع في العين كافور أو يقرب منها حديدة مُحمَاة ونحو ذلك - **فعل ذلك**؛ لإمكان استيفاء الحق من غير حيف.

قال: **وإن لم يمكن**[(٥)] ، أي: إلا بإذهاب الحدقة، **أخذت الدية**؛ لتعذر القصاص؛ وهكذا[(٦)] الحكم فيما إذا شخصت[(٧)] عين المجني عليه باللطمة، مع ذهاب ضوئها، ولم تشخص عين الجاني باللطمة المستوفاة؛ فإنها تعالج بما يفضي إلى شخصوها إن أمكن، وإن لم يمكن قال البندنيجي: فلا ضمان فيه ولا قود.

قال: **وإن وجب له القصاص في اليمين، فقال: أخرج يمينك**، أي: لأقطعها؛ **فأخرج اليسار عمدًا؛ فقطعها - لم تجزئه**[(٨)] **عما عليه**؛ لأنه لا يجوز أن يعتاض عن [طرف][(٩)] طرفًا بالتراضي، كما لا يجوز قتل شخص عوضًا [عن][(١٠)] شخص؛ فعند عدم التراضي أولى.

قال: **غير أنه لا يقتص منه في اليمين حتى تندمل المقطوعة**.

هذا الفصل يقتضي أمرين:

أحدهما: أن قصاصه في اليمين لا يسقط؛ وهو كذلك، إذا لم يقصد أخذ اليسار عنه؛ لأنه لم يرض بإسقاطه، أما إذا قصد ذلك: فإن علم أنها اليسرى، قال في الحاوي: سقط قصاصه من اليمنى، وإن قال: ظننتها اليمنى[(١١)]؛ ففي سقوط قصاصه[(١٢)] وجهان يأتي مثلهما من بعد، وأجراهما الرافعي وغيره فيما إذا علم أنها اليسرى، وظن أنها تجزئ عن اليمنى، وقال: إن أظهرهما وهو المذكور في

---

(١) في د: أذهبت.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) زاد في التنبيه: أخذت الدية.
(٦) في د: وهذا.
(٧) في أ: أشخصت.
(٨) في التنبيه: يجزئه.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ، ج.
(١١) في ج، د: اليمين.
(١٢) في ج: ضمانه.

المهذب[١]، ومختار أبي حامد، والقاضي الحسين، على ما حكاه الإمام، وقد رأيته في تعليقه: أنه يسقط؛ لأنا إذا جعلنا مجرد الإخراج مع قصد الإباحة كالتصريح [بالإباحة، لم يبعد أن يجعل[٢] قطع اليسار على قصد الاكتفاء بها كالتصريح][٣] بإسقاط القصاص في اليمنى.

وقد أبدى الإمام احتمالًا لنفسه، وجزم به: أن الخلاف يجري فيما إذا علم القاطع أنها لا تجزئ عن اليمنى[٤]، ثم قال: ولو قلت [بأن هذه][٥] الصورة أولى بأن [يسقط القصاص فيها؛ بأن][٦] يحمل ما صدر من[٧] القاطع على [معاملة فاسدة][٨]؛ لكان قريبًا؛ فإنه لم يجر[٩] في الصورة المتقدمة إلا الظن، وقد تبين[١٠] أنه مخالف[١١] للشرع، والذي جزم به القاضي الحسين في هذه الصورة: عدم السقوط.

الثاني - وهو ظاهر اللفظ-: أنه لا يقتص منه في اليمين حتى تندمل المقطوعة؛ لأن القصد أخذ الطرف، دون إتلاف النفس، والموالاة لا يؤمن معها على النفس؛ كذا وجهه الأصحاب.

ومقتضى هذا التوجيه[١٢] أن يُقال: إذا وجب له القصاص في حرّ، أو برد شديدين[١٣]، أو بالجاني مرض مُخْطَر: أنه لا يستوفي [منه][١٤] في هذه الأحوال؛ خشية من إذهاب النفس؛ كما قلنا بذلك في الحدّ لهذا المعنى، وقد صرح بذلك صاحب جمع الجوامع، حكاية عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - في الأم.

لكن الذي جزم به الغزالي والبغوي أنه لا يؤخر بسبب ذلك في مسألة الكتاب، وإن أُخِّرَ[١٥] في الحدود[١٦]؛ لأن حقوق الله - تعالى - مبنية على المساهلة والمسامحة، بخلاف حقوق الآدميين، وخشية الهلاك في مسألتنا جاءت

---

(١) في جـ، د: التهذيب.
(٢) في د: يحصل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: اليسار.
(٥) في أ، د: وهذه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، د: عن.
(٨) في أ: معامله فأفسده.
(٩) في أ: يجز.
(١٠) في جـ: بين.
(١١) في أ: مخالفة.
(١٢) في جـ: الوجه.
(١٣) في أ، جـ: شديد.
(١٤) سقط في أ، د.
(١٥) في أ: أجرى.
(١٦) في د: الجلد و.

بسبب تعدي المستحق؛ فغلظ عليه بتأخير حقه، بخلاف ما إذا توقعت[(١)] بسبب حرّ ونحوه؛ فإنه لا تعدي منه حتى يكون مانعًا من حقّه؛ ألا ترى أنه لو وجب القصاص في أطراف الجاني جاز له الموالاة في قطعها، وإن خشي من ذلك تلف النفس؛ لما ذكرناه.

على أن في مسألة الكتاب قولًا مخرجًا حكاه الإمام: أنه لا يمنع [من استيفاء حقّه في اليمين عاجلا، وفي مسألة قطع الأطراف وجه: أنه يمنع][(٢)] من التوالي فيها كما في مسألة الكتاب على النص، وقال الإمام: إن هذا لا أصل له.

ووجه آخر، وبه أجاب القاضي الحسين في التعليق: أنه يجوز عند قطع الجاني أعضاء المجني عليه متوالية، أو دفعة واحدة، ولا يجوز عند قطعها متفرقة.

وقد طرد القاضي أصله، فيما إذا قطع يمين زيد، ثم يسار عمرو، وقال[(٣)]: إنه لا يقطع للمتأخر حتى يندمل القطع المتقدم.

وقال فيما إذا قطعهما معًا: إنه يقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، قطع له، ثم يترك حتى يندمل، ثم يقطع.

ثم لا يخفى أن القاطع لليسار لا يجب عليه قصاص ولا دية، وإن كان عالمًا بالحال، كما حكى عن نصّ الشافعي؛ لأن صاحبها بذلها مجانًا، وإن لم يتلفظ بالإباحة؛ كما قلنا في تقديم الطعام للضيف.

قال الإمام: وقد حكى وجه ضعيف: أن الضيف لا يستبيح الطعام بالتقديم، بل لا بد من لفظ يدل على الإباحة، والقياس أن يطرد هاهنا، ويقول: يجب الضمان؛ يعني: الدية، وقد حكى ذلك عن رواية أبي الحسين بن القطان، وأنه حمل نصّ الشافعي على ما إذا أذن صريحًا، لكن الإمام لم يعدّه من المذهب، وقال: ينبغي أن يستدل بمواضع الوفاق على فساد [المواضع[(٤)] الضعيفة، ولا يعترض بالوجوه الضعيفة على مواضع الوفاق][(٥)].

وقد روي عن أبي الطيب بن سلمة أنه قال: يحتمل أن يجب القصاص عند العلم؛ لأنه قطع عضوًا لا حق له فيه عن علم بالحال[(٦)]، وهذا الاحتمال نشأ من أمرين:

---

(١) في أ: وقعت.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ، د: فقال.
(٤) في جـ: الوجوه.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: بالحالة.

أحدهما: اعتقاد أن الإخراج ليس بإباحة.

والثاني: أن سكوت الإنسان عند إقدام ظالم على قطع عضوه لا يسقط القصاص عنه؛ كما حكيناه من قبل.

والظاهر المشهور في مسألتنا - الأول:

نعم، لو سرى [قطع اليسار](١) إلى النفس، قال الرافعي: ففي وجوب الدية الخلاف المذكور فيما إذا قال: اقتلني فقتله، وكان الأولى في العبارة أن يُقال: فهو كما لو قال لرجل: اقطع يدي؛ فقطعها، وسرت؛ لأنه وزان المسألة، وإن كان الحكم في المسألتين [واحدًا](٢)، وقد ذكرنا من قبل فيما إذا قال: اقطع يدي فسرى القطع إلى النفس - وجوب القصاص على وجه، ويظهر جريان مثله هاهنا من طريق الأولى.

ثم إذا لم نوجب الدية هاهنا، وهو الذي أورده ابن الصباغ والمحاملي؛ فكأن المخرج هو القاتل لنفسه، وحينئذ تجب له دية اليمين، ويكون في وجوب الكفارة في ماله الخلاف الآتي، وقد صرح المحاملي بالأول، والإمام بالثاني.

قال: وإن(٣) **قال: فعلت ذلك غلطًا**، أي: بسبب ما حصل لي من الدهش، **أو ظننًّا أنه يجزئ**، أو ظننت أنه طلب مني اليسار - نظر في المقتص: **فإن قطع وهو جاهل**، أي: بأنها اليسار أو بأنها لا تجزئ - **فلا قصاص عليه**؛ لجهله، وبذل صاحبها.

وحكى صاحب التهذيب في حالة جهل القاطع بأنها اليسار، وقول المخرج: فعلت ذلك ظنًّا أنه يجزئ - وجهًا: أنه يجب القصاص؛ كما لو قتل إنسانًا، وقال: ظننته قاتل أبي. وحكاه القاضي الحسين، والإمام - بناء على هذا الأصل - [أبداه احتمالًا](٤) فيما إذا قال المخرج: فعلت ذلك غلطًا بسبب الدهش. وهذا منهم؛ بناء على اعتقادهم أنه إذا قال: تعمدت القطع - أنه يجب القصاص، كما سنذكره عنهم.

ويمكن أن يفرق بين قتل من ظنه قاتل أبيه، وبين ما نحن فيه؛ بأن المخرج

---

(١) في ج: القطع.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) سقط في ج، د.

هاهنا مقصر(١)؛ حيث لم يتثبت، و [لم](٢) يفحص عن الحال؛ بخلاف من ظنه قاتل أبيه؛ فإنه لا تقصير من جهته.

وقد حكى الإمام والغزالي في حالة جهل القاطع: بأنها لا تجزئ [وقول المخرج: ظننت أنها تجزئ](٣) عن اليمين - أن العراقيين حكوا عن أبي حفص بن الوكيل وجوب القصاص، وكتبهم ساكتة عنه في هذه الحالة، ومصرحة بحكايته عنه في الحالة التي سنذكرها والله أعلم.

قال: وتجب عليه الدية؛ لأن الباذل بذلها على أن تكون عوضًا عن اليمين، والقاطع قطعها على اعتقاد ذلك؛ فإذا لم يصح العضو، وتلف المعوض، وجب بدله؛ كمن اشترى سلعة بعوض فاسد، وتلف عنده.

قال القاضي أبو الطيب، والمصنف، وغيرهما: وهذا الوجه هو المذهب، وهو ظاهر النصّ في المختصر فعلى هذا تكون الدية على العاقلة، أو في مال القاطع؟ ينظر:

إن كان في صورة الجهل بأنها اليسار، فهي على العاقلة؛ كما صرح به الماوردي.

وإن كان في صورة الجهل بأنها تجزئ؛ فيتجه أن يتخرج على الوجهين فيما إذا قتل قاتل أبيه بعد عفو أخيه، وجهله بتحريم القتل، وقد ذكرناهما من قبل.

وقال الرافعي: إنا إذا أوجبنا دية اليسار، فهي في مال القاطع؛ لأنه قطع متعمدًا.

وعن نصّه في الأم أنها تجب على العاقلة، ولم يقيد هذا الكلام بصورة.

قال: وقيل: لا تجب؛ لأنه قطعها ببذل صاحبها؛ فكان [كما في الصورة](٤) السابقة.

ثم على الوجهين: هل يسقط قصاصه في اليمين، وتجب له الدية عند جهله بأنها تجزئ، أو لا يسقط، ويستوفيه من بعد؟ فيه الوجهان السابقان، صرح بهما الماوردي، والمذكور منهما في الشامل، ومجموع المحاملي: عدم السقوط.

وهذا إذا لم يسر القطع، أما إذا سرى إلى النفس(٥) قال ابن الصباغ: كانت

(١) في جـ: قصر.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: كالصورة.
(٥) في جـ: اليمين.

مضمونة بالدية الكاملة، وقد تعذر قطع اليمين، ووجب له نصف الدية؛ فيتقاصان، ويبقى للجاني نصف الدية لورثته.

وحكي عن الشيخ أبي حامد أنه قال: عندي أنه استوفى حقّه من اليمين بتلفه؛ فسقط حقّه، ويجب عليه كمال الدية؛ كما لو كان له القصاص في اليد؛ فقطعها[(١)] ثم قتله، والذي رجحه الأول؛ وهو المذكور في مجموع المحاملي، والبندنيجي.

قال: وإن قطع وهو عالم، أي: بأنها اليسار، وأنها لا تجزئ، ولم يقطعها عمّاله - فالمذهب: أنه لا قصاص عليه؛ لأنا أقمنا ذلك مقام الإذن في القطع، وهو لو قال لغيره: اقطع يدي؛ فقطعها - لا قصاص عليه؛ فكذلك هاهنا، فعلى هذا تجب الدية.

وقيل: يجب؛ لتعمده قطع يد محرمة، ويخالف مسألة الإذن في القطع، فإنه إنما أذن هاهنا على أن يكون عوضًا عن اليمين؛ فإذا لم يكن عوضًا؛ فكأن لا إذن؛ بخلاف تلك المسألة؛ فإن الإذن فيها لم يتقيد بحالة، فحمل على عمومه، وهذا قول أبي حفص بن الوكيل.

وقد حكى هذا الخلاف في الصورة المذكورة القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ، ولم يفصلوا بين أن يكون القاطع قصد أخذها عن حقّه، أو لا عن حقّه.

والماوردي جزم فيما إذا أخذها عن حقّه بأنه لا قصاص، وفي الحالة الأخرى - بوجوبه، وإلى ذلك صار الإمام والقاضي الحسين، والبغوي في حالة [قول المخرج: فعلت ذلك غلطًا؛ بسبب الدهش وفي حالة][(٢)] قوله: فعلت ذلك ظنًّا أنه يجزئ، انفرد القاضي الحسين بالجزم بوجوب القصاص.

ولو قال القاطع عند العلم بأنها اليسار: إنما قطعتها لظني أن المخرج قصد الإباحة،فقد جزم في التهذيب في حالة قول المخرج: غلطت بوجوب القصاص؛ كمن قتل إنسانًا، وقال: ظننت أنه أذن لي في القتل.

وقضية ذلك أن يُقال بمثله فيما إذا قال المخرج: ظننت أنها تجزئ عن اليمين، وقال القاطع: إنما قطعت؛ لظني أنك أبحتها.

---

(١) في جـ: فيقطعها، وفي د: قطعها.

(٢) سقط في أ.

وهذا ما أبداه الإمام احتمالًا موجهًا لذلك: بأن هذا الظن بعيد، والظنون البعيدة لا تدرأ القصاص، لكن المحكي عن القفال وغيره: أنه لا قصاص؛ لأن ما يقوله ممكن.

ولو قال القاطع: دهشت؛ فلم أدر ما صنعت، وكان المخرج قد قال ذلك - قال الإمام: لزمه القصاص في اليسار؛ لأن الدهشة السالبة للاختيار لا تليق بحال القاطع.

قال: **وإن اختلفا في العلم**[١] أي: في علم الباذل بأنها اليسار؛ كما قاله البندنيجي وغيره، وأن[٢] قطعها لا يجزئ عن اليمين - فالقول قول الجاني؛ لأنه أعرف[٣] بحاله، مع أن الأصل عدم العلم؛ فإن حلف ثبتت له ديتها، وإن نكل فيحلف القاطع أنه ما بذلها إلا وهو يعلم أنها[٤] [لا تقع][٥] بدلًا عن اليمين، وتكون الجناية هدرًا.

قال: **وإن تراضيا على أخذ**[٦] **اليسار؛ فقطع - لزمه دية اليسار**؛ لأن الصلح لم يصح، فإن القصاص إذا تعلّق بمحل لم يجز استيفاء غيره ولو بالتراضي: كقطع اليد عن الرجل، وبالعكس، وقد سقط القصاص؛ لبذل صاحبها إياها؛ فتعين وجوب الدية؛ لأن البذل كان في مقابلة ما عليه؛ فإذا لم يسلم له، وقد فات ما بذله، وجب أن يرجع إلى بدله؛ كما في العقود الفاسدة.

قال: **وسقط قصاصه في اليمين**؛ لأن عدوله إلى اليسار رضا منه بترك القصاص فيها.

وقيل: لا يسقط؛ لأنه أخذ اليسار، على أن تكون بدلًا عن اليمين؛ فإذا لم يسلم البدل والمبدل[٧] قائم بحاله - استحق أخذه؛ فعلى هذا يجيء ما تقدم في قطع اليمين.

وعلى الأول تجب له الدية، وقد وجبت عليه الدية، فإن تساويا تقاصًّا، وإن اختلفا، كيد الرجل، ويد المرأة - تقاصّا فيما تساويا[٨] فيه، ويردّان الفضل.

---

(١) زاد في التنبيه: به.
(٢) في د: فإن.
(٣) في جـ: أعلم.
(٤) في أ: أنه.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: قطع.
(٧) في جـ: والمبدول.
(٨) في د: يسَّاويان.

قال: وإن[(١)] **كان القصاص على مجنون**، أي: بأن جنى وهو عاقل، ثم جنّ؛ **فقال له: أخرج يمينك؛ فأخرج اليسار؛ فقطعها**[(٢)] ؛ **فإن** [كان][(٣)] **المقتص عالمًا وجب عليه القصاص، وإن كان جاهلًا، وجبت**[(٤)] **عليه الدية**؛ لأن بذل المجنون لا يصح؛ فكان كما لو قطعها بغير بذل، ثم حكم قصاصه في اليمين لا يخفى مما تقدم، والله أعلم.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

[**الفرع الأول**]: إذا وجب على سفيه قصاص، وامتنع من له القصاص عن العفو عنه إلا بأكثر من قدر الدية - كان للسفيه بذل ذلك مع مراجعة الولي: فإن أبي الولي ذلك، أو[(٥)] تعذرت مراجعته - استقل السفيه، وإن[(٦)] احتاج إلى بذل ديات. ولو نهى [السفيه][(٧)] عن المصالحة، أو سكت عنها، قال الإمام في باب الحرية: الوجه عندنا أن للولي ذلك؛ كما أنه يتدارك رمقه - وإن احتاج إلى استيعاب ماله - بطعام يحصله[(٨)] . ثم قال: وقد يخطر للفقيه[(٩)] : أنه ليس للولي التصرف في دمه، وهو بعيد.

[**الفرع الثاني**]: إذا جنى حرّ على حرّ جناية توجب القصاص، فصالحه المجني [عليه][(١٠)] على عين عبد، أو ثوب - جاز، وإن لم تكن الدية معلومة لهما؛ فإن تلفت[(١١)] العين قبل القبض، أو ردّها بعيب، أو خرجت مستحقة - فلا رجوع إلى القصاص، وبم [يرجع][(١٢)] : هل بقيمة العين، أو بأرش الجناية؟ ينبني[(١٣)] على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد، أو ضمان اليد.

وإن كانت الجناية موجبة للدية؛ فصالح منها على عين، أو اشترى بها عينًا: إما من العاقلة في الخطأ، أو من الجاني في العمد - فيُنظر: إن لم يعلما قدر إبل الدية وأسنانها لم يصح، وإن علما ذلك، ولم يبق إلا الجهل بأوصافها - ففي

---

(١) في أ: فإن.
(٢) في التنبيه: فقطع.
(٣) سقط في ج.
(٤) في التنبيه: وجب.
(٥) في د: و.
(٦) في أ: فإن.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: يحصل، وفي ج: فحصله.
(٩) في ج: للولي.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ: بلغت.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في أ: وينبني.

صحة ذلك وجهان.

وإذا صح فلو تلف الصالح عليه، أو ردّه بعيب[(١)] - فالرجوع إلى الأرش قولًا واحدًا؛ لأنه يمكن الرجوع إلى المصالح عنه؛ [لأنه[(٢)] مال، وفي الصلح عن القصاص لا يمكن الرجوع إلى المصالح عنه][(٣)].

[الفرع الثالث]: إذا قتل أحد عبدي الرجل [العبدَ] الآخر عمدًا - فللسيد أن يقتص منه؛ فإن أعتقه، لم يسقط عنه القصاص، ولو عفا عنه بعد العتق مطلقًا، لم يثبت المال؛ لأن القتل لم يثبته.

قال صاحب التهذيب في فتاويه: ولا يخرج على أن العفو[(٤)] المطلق هل يوجب المال؟

وإن عفا بعد العتق على مال ثبت [المال][(٥)].

[الفرع الرابع]: إذا ضرب ثنيته فزلزلها، ثم سقطت بعد ذلك [بأيام][(٦)] [يجب القصاص؛ وكذا لو ضرب على يده؛ فاضطربت أو تورمت، ثم سقطت بعد أيام][(٧)] - يجب على الضارب القصاص[(٨)].

(١) في أ: بعيبه.
(٢) زاد في أ: لو.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: المطلق.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: الضمان.

باب من لا تجب عليه الدية بالجناية(١)

لا تجب الدية على الحربي؛ لأنه غير ملتزم لأحكام الإسلام.

ويجيء على قياس قول الأستاذ أبي إسحاق الأسفراييني: إنه يجب عليه القصاص؛ بناء على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة - أن تجب عليه الدية أيضًا.

قال: **ولا على السيد في قتل عبده**؛ لأنها لو وجبت لوجبت له.

قال: **ولا على من قتل حربيًّا أو مرتدًّا**؛ لإباحة دمهما وسقوط حرمتهما، ومحل الكلام في المرتد إذا قتله مسلم، أما إذا قتله ذميّ، فقد تقدم الكلام فيه.

وهكذا الحكم فيما [لو جرح أحدهما، أو قطع طرفًا من أطرافه](٢) على المذهب؛ كما يأتي في باب: الديات.

[وفي «الجيلي» حكاية وجه في المرتد: أنه يجب فيه الدية](٣)، وسنذكره في بابه، [إن شاء الله تعالى](٤).

قال: **وإن(٥) أرسل سهمًا على حربيّ، أو مرتد؛ فأسلم، ووقع به السهم؛ فقتله - لزمه دية مسلم**؛ لأن حالة الرمي حالة تسبب للجناية، وحالة الإصابة حالة تحقيق الجناية؛ فكان الاعتبار بها أولى؛ لأن الضمان يتعقبها؛ كما نقول في حالة الحفر والإلقاء فيها، وحالة وضع الحجر، والإلقاء عليه.

ولأن استقرار الجناية بحالة(٦) الإصابة، دون حالة الرمي؛ فكانت أوْلى بالاعتبار، ويشهد له: أنه لو حفر بئرًا في الطريق، وهناك حربي، أو مرتد؛ فأسلم،

---

(١) في أ: بالجنايات.
(٢) في ج: لو قطع طرفًا من أطراف أحدهما أو جرحه.
(٣) في ج: وحكى الجيلي وجهًا.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في ج: بحال.

ووقع فيها؛ فمات - ضمنه، وإن كان عند التسبُّب[(١)] مهدرًا، وهذا هو المنصوص عليه في الأم؛ كما حكاه البندنيجي.

قال: **وقيل: لا يلزمه**؛ لأنه وجد السبب الداخل تحت الاختيار في حالة كونه مهدرًا؛ فأحيل[(٢)] الحكم عليه؛ كما لو جرحه، ثم أسلم، ومات[(٣)] وهذا ما ادّعى الرافعي أنه المشهور عن أبي جعفر الترمذي، وقال: إنه هكذا روي عن الداركي، عن أبي محمد الفارسي عنه.

والمراوزة حكوا هذا الوجه، ولم ينسبوه، وصححه الفوراني في مسألة الحربي.

وقال الماوردي: إن أبا علي بن أبي هريرة كاد أن يخرجه في مسألة المرتد، لكن لم يصرح به فيها أحد من أصحابنا، وكأن الفرق بينه وبين مسألة الجرح المقيس عليها - على الصحيح-: أن الجرح الذي هو سبب الضمان وجد حالة الإهدار، والرميُ إنما يتم بالإصابة، وقد حصلت في حالة العصمة.

وفي المسألة وجه ثالث حكاه المصنف، والمحاملي، والبندنيجي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ بدلًا عن الثاني أنها[(٤)] : تجب للمرتد، دون الحربي؛ لأن إباحة قتل الحربي جائزة لكل أحد، بخلاف قتل المرتد؛ فإن إباحته مختصة بالإمام[(٥)] ، ونسبوا هذا الوجه - وكذلك[(٦)] الماوردي - إلى أبي جعفر الترمذي من أصحابنا.

قال القاضي أبو الطيب: وراويه أبو القاسم الداركي، عن أبي محمد الفارسي عنه، وقد حكاه أيضًا المراوزة، ونسبه أبو الفرج الزاز إلى ابن سريج، والقاضي الحسين في تعليقه إلى أبي إسحاق، وقال: إنه قيل له: ما قولك فيما إذا كان الرامي إمامًا، على هذه الطريقة؟ فقال: لا نوجب الضمان.

وهكذا أورده صاحب التهذيب، ثم قال: ولكن للإمام في قتل المرتد ضربة بالسيف صبرًا[(٧)] ، دون أن يرشقه بالنشاب؛ فالرمي[(٨)] إليه ضرب من المثلة، وهو غير سائغ.

---

(١) في أ، د: السبب.
(٢) في أ، جـ: فاختل.
(٣) في جـ: أو مات.
(٤) في جـ: أنه لا.
(٥) في جـ: بقتل الإمام.
(٦) في جـ: وكذا.
(٧) في د: ضرا.
(٨) في جـ: فالضرب.

قال الرافعي: وقضية هذا الكلام ألا يفرق بينه وبين غيره.

قلت: بل الفرق مع هذا الجمع لائح[(١)] ، فإن الإمام وإن شارك الأجنبي في التعدّي بالرمي[(٢)]، فقد امتاز عنه بإباحة القتل.

وقد ادّعى الماوردي أن ما قاله أبو جعفر فاسد؛ لأن اختلافهما في هذا الوجه لما لم يمنع من تساويهما قبل الإسلام في سقوط القود - لم يمنع من تساويهما بعد الإسلام في وجوب الدية، وهذا قد يؤخذ جوابه من قاعدة ذكرها القاضي الحسين؛ وهي: أنّا في القود نعتبر التساوي في الطرفين، والواسطة؛ حتى لو تخللت[(٣)] حالة لم يكن فيها كفئًا للقاتل لا يجب القود؛ لأنه مما يدرأ[(٤)] بالشبهة؛ [فإذا حدثت حالة لم يكن القتيل [فيها][(٥)] كفئًا للقاتل حصلت شبهة][(٦)].

وكذا يلحق[(٧)] بالقود حل الأكل؛ فيعتبر فيه الطرفان، والواسطة، حتى لو رمى مسلم إلى صيد، فارتدّ، ثم أسلم، ثم أصابه السهم: لا يحل؛ لأن الأصل في الميتات الحرمة.

وهكذا الحكم في تحمل العاقلة يعتبر [فيه][(٨)] الطرفان والواسطة؛ لأنها مؤاخذة بجناية الغير؛ فهي معدولة[(٩)] عن القياس؛ فاحتيط فيها احتياطنا في العقود.

وفي أصل الضمان الخلاف السابق، وفي قدر الضمان يعتبر المال جزمًا.

وقد حكى الإمام أن الشيخ أبا علي حكى قولًا فيما إذا رمى سهمًا إلى صيد، وارتدّ، وعاد إلى الإسلام، ثم أصاب السهم إنسانًا - أن الدية تضرب على عاقلته المسلمين، ويكتفي بإسلامه في الطرفين، ثم قال: وهذا القول يجري فيما إذا رمى إلى مسلم؛ فارتدّ، وعاد إلى الإسلام، وأصابه[(١٠)]؛ لأن الحكم بتحمل العقل والقصاص واحد، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم.

واعلم أن الخلاف المذكور في مسألة الكتاب يجري فيما إذا أرسل سهمًا على قاتل أبيه، ثم عفا عنه، ثم وقع به السهم؛ فقتله.

---

(١) في أ: لا يجيء.
(٢) في جـ، د: في الرمي.
(٣) في جـ: تخلل بينهما.
(٤) في أ: يدرك.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: يلتحق.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: معزولة.
(١٠) في جـ، د: ثم أصابه.

[وفيما لو][(١)] كان الرامي حربيًّا، ثم أسلم، [أو عقد له الأمان][(٢)] قبل الإصابة. [وفيما إذا أرسل سهمًا على عبده، ثم أعتقه، ثم وقع به السهم؛ فمات منه][(٣)].

لكن الأولى ترتيبه في الرمي إلى قاتل الأب على الرمي إلى المرتد، وأولى بوجوب الضمان؛ لأن إهدار دم المرتد أعظم من إهدار [دم][(٤)] من عليه قصاص.

والأولى في الرمي إلى عبده ترتيبهُ على الرمي إلى قاتل الأب، وأولى بوجوب القصاص؛ لأن هذا القتل مضمون بالكفارة إذا لم يتغير الحال؛ بخلاف الرمي إلى قاتل الأب، وقد جزم بالوجوب فيه الفوراني.

فرع: إذا أوجبنا الدية في مسألتي الكتاب، فهل هي دية العمد، أو الخطأ المحض، أو عمد الخطأ؟ فيه ثلاثة أوجه، أوسطها: أظهرها.

قال الغزالي: وهي تجري في كل قتل عمد محض صدر عن ظن في حال[(٥)] القتل.

قال: ومن قتل من وجب رجمه بالبيّنة، أو انحتم قتله في المحاربة - لم تلزمه الدية؛ لأنه مهدر الدم؛ فكان كالمرتد.

وفي ابن يونس حكاية وجه عن رواية ابن الصبّاغ في الصورة الأولى: أن الدية تجب إذا قلنا: لا يجب القصاص فيها، كما سنذكره.

وفي تعليق القاضي الحسين في باب القصاص بالسيف [وغيره][(٦)] حكاية وجه في الصورة الثانية: أنها تجب؛ بناء على أن القتل في المحاربة يقع قصاصًا.

أما إذا قتل من وجب رجمه بالإقرار، ففي ابن يونس أنه يضمن بالدية.

وفي الحاوي عند الكلام في جرح المسلم المرتد ما يقتضي الجزم بأنه لا يضمن بالدية[(٧)]؛ فإنه قال: إذا جرح مقرًّا بالزنى وهو محصن؛ فرجع عن إقراره، ثم مات - ففي ضمان نفسه وجهان، حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: لا يضمنه بقود ولا دية؛ لإباحة نفسه وقت الجناية.

[والثاني: يضمن ديته وإن جرى عليه حكم الإباحة وقت الجناية][(٨)].

---

(١) في د: أو.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: كما حكاه في التهذيب.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: حالة.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: الدية.
(٨) سقط في أ، د.

والفرق بينه وبين المرتد أن المرتد مباح الدم إلا أن يتوب من ردته، والزاني محظور النفس إلا أن يقيم على إقراره.

تنبيه: في عدم إيجاب الدية في الحالتين اللتين ذكرهما الشيخ دليل ظاهر على عدم إيجاب القصاص أيضًا؛ لأن القاعدة العامة: أنها متى انتفت انتفى القصاص، ولا يستثنى منها إلا [مسائل قليلة:

منها](١) : إذا قطع [من إنسان](٢) ما بدله دية كاملة، ثم قتله، أو سرت الجراحة إلى نفسه؛ فقطع الولي من الجاني مثل ما قطع، ولم يسر الجرح؛ فإن القصاص في النفس ثابت، ولو أراد العفو عنه على(٣) الدية لم يثبت.

ومنها(٤) : المرتد إذا قتله ذميّ، يجب عليه القصاص على وجه دون الدية إذا آل الأمر إليها.

[ومنها: إذا قتل العبد عبد سيده يجب عليه القصاص، ولا دية](٥).

وقد أطلق الشيخ في المهذب، والقاضي أبو الطيب، وابن الصبّاغ وغيرهم القول بأن الزاني المحصن إذا قتله مسلم هل يجب عليه القصاص أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن ولي قتله هو الإمام، فإذا تولّاه غيره، أقيد منه؛ كالقاتل إذا قتله غير ولي المقتول بغير إذنه.

وأصحهما - وهو الذي عليه جمهور [أصحابنا](٦) كما قاله الماوردي، واختاره الإمام، وروى(٧) عن المراوزة: القطع به، وعزاه المصنف إلى النصّ، يعني في «الأم»؛ كما حكاه المحاملي-: عدم(٨) الوجوب؛ كما قلنا: إنه مقتضى كلام الشيخ هنا، واستدل له القاضي أبو الطيب وغيره بما روى سعد بن أبي وقاص قال: «قُلْتُ يَا رَسُولَ اللهِ لَو أَنَّ أَحَدَنَا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَكَانَ يَقْتُلُهُ، أَوْ حَتَّى يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهُودٍ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: كَفَى بِالسَّيفِ شَا» وَأَرَادَ أَنْ يَقُولَ: شَاهِدًا؛ فَلَمْ يُتِمَّ الكَلَامَ، ثُمَّ قَالَ: «لَا حَتَّى يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهُودٍ»(٩).

---

(١) في ج: مسألتين: أحدهما.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: عن.
(٤) في ج: والثانية.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ، د: ورواه.
(٨) في أ: عند.
(٩) لم أقف عليه من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وإنما أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٤٣٤) =

وهذا منهم دليل ظاهر على أن محل الخلاف إذا وجب رجمه بالبيّنة، لكن ما حكيناه عن الماوردي من قبل يلحق حالة ثبوته بالإقرار بذلك، وعليه يدل قول البندنيجي: إذا قلنا: لا قود، فالمراد به: إذا ثبت أنه [قتله](١) بعد أن زنى؛ فإن لم يكن له بيّنة: فإن صدقه الولي فلا شيء عليه، وإن كذبه الولي فالقول قوله.

وقال(٢) في الحاوي بعد حكاية الوجهين: والأصح - عندي - من إطلاق هذين المذهبين: أن يقال: إن وجب قتل الزاني بالبينة فلا قود على قاتله(٣) ؛ [لانحتام قتله، وإن وجب بإقراره أقيد من قاتله](٤) ؛ [لأن قتله](٥) بإقراره غير منحتم؛ لسقوطه عنه برجوعه عن إقراره.

ثم قال: وعلى هذا لو أن محاربًا من قطاع الطريق قتل في المحاربة(٦) رجلا فللإمام أن ينفرد بقتله دون ولي المقتول، [ولولي المقتول](٧) أن يقتله بغير إذن الإمام لما قد تعلق به من حقّه؛ فإن قتله غيرهما من الأجانب؛ فعلى الوجه الأول، [يجب](٨) ، وعلى مذهب الشافعي وجمهور أصحابنا(٩) لا قود عليه.

وهذا الخلاف ذكره المتولي تفريقًا على قولنا: إن قتل المحارب حق الله -تعالى- خاصة، وطرده القاضي الحسين فيما إذا قتل الزاني المحصن مثله، أو(١٠) القاتل في الحرابة مثله، وفيما إذا قتل الزاني المحصن قاتلًا في الحرابة، وبالعكس، وفيما إذا قتل تارك الصلاة مثله.

= كتاب العقول، باب: الرجل يجد على امرأته رجلا، برقم (١١٧٩١٨) من طريق معمر، عن كثير بن زياد، عن الحسن؛ أنه سئل عن الرجل يجد مع امرأته رجلا، فقال: قال رسول الله ﷺ: «كفى بالسيف شا، يريد أن يقول شاهدا، فلم يتم الكلام».

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٤/ ٢٣٠): ولم أر قوله: «كفى بالسيف شا»، على الاكتفاء كما سبق، إلا في مرسل الحسن المتقدم.

وأصل الحديث أخرجه مسلم (٢/ ١١٣٥) برقم (١٥/ ١٤٩٨) من حديث أبي هريرة: أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ: لو أني وجدت مع امرأتي رجلا، أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم... »، الحديث.

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: قال و.
(٣) في جـ: قتله.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: لأنه قتله، وفي د: لأن قاتله.
(٦) في جـ: الحرابة.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ، د: أصحابه.
(١٠) في د: إذ.

قال: وضابطه: أن مباح الدم إذا قتل مباح الدم، واستويا في فضيلة الإسلام - يكون في القود جوابان، وإذا اختلفا لم يقتل الفاضل بالمفضول، وفي قتل المفضول بالفاضل جوابان.

وقضية هذا الضابط: أن [يكون في قتل المرتد بالزاني المحصن جوابان؛ لأن الزاني المحصن أفضل من المرتد مع استوائهما في إباحة الدم.

وقد جزم المتولي بأنه يقتل به، وكلام الشيخ يقتضي [أنه لا][1] يقتل به؛ لأنه قال: «ومن قتل من وجب رجمه بالبينة»، ولم يفصل بين قاتل وقاتل.

وكذا قضية هذا اللفظ من الشيخ: أن الذميّ إذا قتل من وجب رجمه لا يقتل به، وقد قال العراقيون: إنه يقتل [به][2] بلا خلاف.

وحكى الرملي في قتله به وجهين:

أحدهما: يجب، وإن اختار ورثته الدية لزمه دية مسلم.

والثاني: لا يجب؛ كما لو قتله مسلم[3]، والله أعلم.

قال: **ومن قتل مسلمًا تترس به المشركون في دار الحرب**، أي جعلوه ترسًا لهم - **فقد قيل: إن علم أنه مسلم، وجبت الدية**[4]؛ لأنه يلزمه أن يتوقاه؛ فلزمت[5] ديته؛ كما لو[6] [لم يتترس به][7].

ولا فرق - في ذلك - بين أن يقصده، أو يقصد غيره؛ فيقع فيه.

وإن لم يعلم. لم تجب؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ﴾ أي: [في قوم عدوّ لكم][8] ﴿وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] فاقتصر على ذكر الكفارة، ولو وجبت الدية لذكرها.

وأيضًا: فإنه غاير بين قتله في دار الإسلام وفي دار الشرك، ولو تساويا[9] لأطلق الحكم، ولم يغاير بينهما.

وهذا الطريق هو الذي حمل عليه المزني نصّ الشافعي في كتاب حكم أهل

---

(١) في أ، ج: أن.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) زاد في أ: أنه يجب والله أعلم، وزاد في ج: يقتل الذمي بالزاني المحصن والمرتد أيضًا، وقد حكاه في الأولى العراقيون بلا خلاف، وفي الثانية المتولي.
(٤) في التنبيه: ديته.
(٥) في ج: فلزمته.
(٦) زاد في ج: أمر.
(٧) في أ: تترس به.
(٨) في أ: من قوم عدوكم.
(٩) في د: تساوتا.

الكتاب على وجوب الدية، ونصّه في موضع آخر منه على أنها لا تجب، وصححه النواوي.

قال: وقيل: إن عينه بالرمي وجبت؛ لأن [اليمان][1] أبا حذيفة بن اليمان قتله المسلمون، ولم يعلموا بإسلامه؛ فقضى فيه رسول الله ﷺ بديته[2].

وإن لم يعينه لم تجب؛ للآية، وهذا الطريق هو الذي حمل عليه أبو إسحاق اختلاف النصين، [وبه جزم الماوردي في كتاب كفارة القتل][3] [وجزم في التهذيب][4] فيما إذا لم يعينه: إما لكونه رمى سهمًا مرسلا، أو قصد غيره؛ فوقع فيه - بأنها لا تجب، وحكى فيما إذا عينه قولين، سواء علم أن في الصف مسلمًا، أم لا.

وحكى القاضي أبو الطيب أن أبا عليّ الطبري حكى عن بعض الأصحاب أنه قال: إن اضطر إلى قتله، لم تجب، وإلا وجبت، وحمل النصين على هذين الحالين.

قال: وقيل: فيه قولان؛ حملا للنصين على ظاهرهما، سواء علم أو لم يعلم، قصد أو لم يقصد، اضطر أو لم يضطر؛ كما قاله القاضي أبو الطيب.

وجه[5] الوجوب - وهو المختار في المرشد: أن[6] الأسير غير مفرط، وهو محقون الدم له حرمة؛ فأشبه ما لو خرج من الصف، فرماه إنسان؛ فقتله.

ووجه مقابله: أنا لو أوجبناها أدى ذلك إلى تعطيل الجهاد.

والذي حكاه القاضي الحسين في كفارة القتل: أنه إذا رمى السهم، ولم يعلم أن في الصف مسلمًا، ولا عين شخصًا - أنها لا تجب، وإن علم في هذه الحالة أن فيه مسلمًا - فالظاهر الوجوب.

وإن عينه بالرمي؛ فأصابه، فإن علم أن فيهم مسلمين فقولان، [أظهرهما كما حكاه في كتاب السير: الوجوب، فإن لم يعلم أن فيهم مسلمين فقولان][7] مرتبان على حالة العلم، وأولى بالوجوب.

---

(١) سقط في د.
(٢) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٣/ ٦٦).
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: ووجه.
(٦) في أ، جـ: لأن.
(٧) سقط في أ.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون هذان القولان المذكوران فيما إذا قتل من ظنه كافرًا؛ لكونه على زيّ أهل الشرك؛ لأن كونه[١] مع الكفار في صف القتال، يغلب على الظن كونه كافرًا، وقد سبق أن الأظهر منهما: أنها لا تجب.

ولو قصد بالرمي كافرًا؛ فأصاب المسلم، قال: إن لم يعلم أن في الصف مسلمًا، لم تجب، وإن علم أن فيه مسلمًا، أو عرف مكانه، وجبت.

وحكى الإمام عن شيخه في هذه الصورة تخريج قولين، وقال: إن ذلك منقاس حسن، ونظيرهما ما حكاه القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ في كفارة القتل؛ فيما إذا قتل مسلمًا في دار الحرب خطأ والذي حكاه الماوردي في كتاب السير فيما إذا قتل مسلمًا في دار الحرب، ولم يعلم به أنه [إن قتله][٢] خطأ، لم يجب إلا الكفارة، وإن قتله عمدًا، ففي وجوب الدية قولان:

اختيار المزني منهما عدم الوجوب[٣]؛ لأن الجهل بإسلامه[٤] يغلب حكم الدار.

والثاني: اختاره[٥] أبو إسحاق المروزي؛ تغليبًا لحكم قصده.

ثم حيث نوجب الدية: فإن كان قد قصده، كانت الدية في ماله، وإن كان لم يقصده، فهي على العاقلة مخففة في ثلاث سنين.

وفي تعليق القاضي الحسين ما يوهم خلافًا في هذه الحالة؛ فإنه قال في كتاب «السير»: إذا لم نوجب القود عليه ففي الدية وجهان:

أحدهما: [تجب][٦] مغلظة في ماله.

والثاني: تجب على عاقلته؛ لأنه شبه عمد؛ حيث لم يقصده، وإنما قصد غيره، وهذا حكم الدية.

وأما الكفارة فتجب في كل حال، إلا على طريقة سنذكرها في باب كفارة القتل.

والقصاص لا يجب على الصحيح، وسنذكره في قتال المشركين، إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

---

(١) زاد في أ: كافرًا.
(٢) في أ: قتل، وفي د: قتله.
(٣) في أ: اللزوم.
(٤) في جـ: بان لأنه.
(٥) زاد في أ: المزني و.
(٦) سقط في أ، د.

فهرس المحتويات

باب كفارة اليمين ٣

باب العدد ٢٥

باب الاستبراء ١٠٧

باب الرضاع ١٢٨

كتاب النفقات ١٦٢

باب نفقة الزوجات ١٦٣

باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم ٢٣٦

باب الحضانة ٢٧٣

كتاب الجنايات ٣٠٣

باب من يجب عليه القصاص ٣٠٤

باب ما يجب به القصاص من الجنايات ٣٢٧

باب العفو والقصاص ٤١٤

باب من لا تجب عليه الدية بالجناية ٥٠١

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH

by
Imām Najmuddīn Ibn al-Rifᶜah

Edited by
Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume XV

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban